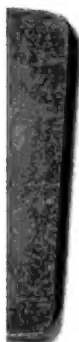
image not available





IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICti

POTENTISSIMI BORVSSORVM REGIS QVONDAM A CONSILIIS SANCTIORIBVS, REGIMINIS DVCATVS MAGDEBVRGICI CANCELLARII, ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS, ORDINIS ICTORVM PRAESIDIS ET PROFESSORIS IVRIS PRIMARII

EXERCITATIONES
AD
PANDECTAS

in quibus præcipua Digestorum capita explicantur,
antea sigillatim editæ, nunc coniunctim secundum ordinem Pandectarum digestæ,

CVRA FILII

GEORGII LVDOVICI BOEHMERI D.

POTENTISSIMI MAGNAE BRITANNIAE REGIS AB AVLAE CONSILIIS ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA.



TOMVS IV.

GOTTINGAE,
APVD IO. WILH. SCHMID, ACAD. BIBLIOPOL.
CIƆIƆCCLI.



BENEVOLO LECTORI

SALVTEM

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.

§. I.

Quarti exercitationum ad Pandectas Voluminis, quod iam prodit, prima dissertatio *Pacti de non præstanda euictione vindicias*, a B. Parente a. cIↃIↃccxxxv. susceptas, complectitur. Cum plerique ICti in ea fuerint opinione, ita pactum illud esse accipiendum, vt eius tantum, *quod interest*, præstatio, non vero *pretii petitio* remissa sit habenda; hæc ipsa sententia sub censuram reuocata est in dicta dissertatione, pluribusque euictum, interpretes neglecta curatiori *Legis* 11. §. 18. *D. de act. emt. vend.*

 consi.

conſideratione lapſos eſſe, ex eiusque veriori interpretatione ſtatuendum, per conuentionem, *ne quid euictionis nomine præſtetur, emtionem ſpei* reuera contrahi, et tum *pretii* rei euictæ, tum, *eius quod emtoris intereſt*, refuſionem remitti. Aduerſarium nactus eſt B. Parens FRANCISCVM ALEF, Academiae Heidelbergenſis Profeſſorem, qui exploſi communis erroris defenſionem a. cIↃIↃCCXXXVI. acerbo calamo ſuſcepit in diſſertatione, cui titulus: *Veritas communis opinionis circa pactum de non præſtanda euictione contra nouiſſimos Böhmeri errores vindicata.* Dubia ab eodem propoſita excuſſi tum iuuenis in REPETITIS VINDICIIS PACTI DE NON PRAESTANDA EVICTIONE, a. cIↃIↃCCXXXVII. Halæ editis. Fecit argumenti vicinitas, vt quod nec Lectori beneuolo ingratum fore exiſtimaui, potiora huius commentationis momenta hoc loco repeterem. Scribenti in manus incidit HERMANNI ZOLLII, Anteceſſoris quondam Rintelenſis, diſſertatio *ad L. ex emto* 11. *§. vlt. D. de Act. Emt. Vend. hoc thema, quod ſimpliciter remiſſa euictione ne quidem ad pretii reſtitutionem agi poſſit contra communem ſententiam propugnans*, habita *Rintelii a. d.* I. *Sept.* cIↃIↃCCIII. aliquot tantum plagellis conſtans, quæ nec tum mihi neque B. Parenti ad manus fuit, ex qua eandem ſententiam iam tum a Doctiſſimo

ZOLLIO

ZOLLIO breuiter et docte expofitam defenfamque effe, intelligere iucundum fuit; quemadmodum et eadem a literatiffimo ICto HENRICO A SVERIN *in repetitis lectionibus iuris ciuilis cap. XLIII.* eleganter et erudite propofita eft.

§. II.

Ad ipfam controuerfiæ disquifitionem me conuerto, quæ potiffimum in pacti, *de non præftanda euictione*, interpretatione verfatur. Obferuandum vero, hoc pactum duplici ratione iniri; dum (I) *generaliter et indefinite, nihil euictionis nomine præftitum iri*, conuenitur, vel (II) *fpecialiter et definite* exprimitur, re euicta, nec eius *pretium*, nec id, *quod intereft*, deberi. De pacto, in *pofteriori* fenfu fumto, non intercedit diffenfio: huic enim conuentioni ftandum, nec quidquam, re euicta, euictionis nomine repeti poffe, omnes largiuntur. Omnis controuerfia in pacto generali, *nihil euictionis nomine præftitum iri*, et in ea quæftione verfatur, quid per illud pro remiffo fit habendum? Plerique in ea funt fententia, non obftante ifto *pacto remifforio generali*, actione emti repeti adhuc *pretium* poffe, quam opinionem etiam aduerfarius tuetur. Contrarium tuitus eft B. PARENS in *citata differtatione*, *pretii* videlicet et eius, quod *intereft*, petitionem ex mente VLPIANI hoc pacto effe

 remiffam.

remiſſam. Sententiæ fundamentum primo in euidentiſſimo illo iuris naturæ et ciuilis principio collocauit, ea, quæ pactis conuenerunt, ſanctiſſime eſſe ſeruanda. Quandoquidem vero pactum, *nihil euictionis nomine præſtitum iri,* omnis illius, quidquid ad euictionis præſtationem pertinet, petitionem excludit: omnis omnino euictionis præſtatio remiſſa eſt cenſenda, nec, ſalua pacti fide, rei euictæ pretium repeti poteſt. Principem deinde huius *argumenti* deciſionem ex *l.* 11. §. 18. *de actione emti venditi* repetiit, in qua VLPIANVS, legis auctor, iurisconſulti IVLIANI ſententiam refert; prout ex vtriusque ICti verbis, diuerſis typis diſtinctis, manifeſto apparet.

Qui habere licere vendidit, videamus quid debeat præſtare? et multum intereſſe arbitror, vtrum hoc polliceatur, PER SE VENIENTESQVE A SE PERSONAS NON FIERI, QVO MINVS HABERE LICEAT, AN VERO PER OMNES? Nam ſi per ſe, non videtur præſtare, ne alius euincat. Proinde ſi euicta res erit, ſiue ſtipulatio interpoſita eſt, ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex emto non tenebitur. Sed IVLIANVS lib. XV. Digeſtorum ſcribit: *etiamſi aperte venditor pronunciet,* PER SE HEREDEMQVE SVVM NON FIERI, QVO MINVS HABERE LICEAT, *poſſe defendi,*

defendi, ex emto eum quidem in hoc non teneri, quod emtoris interest; verum, vt pretium reddat, teneri. Ibidem ait, *idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur,* NIHIL EVICTIONIS NOMINE PRAESTATVM IRI, *pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret: nisi forte* (inquit) *sic quis* OMNES ISTAS SVPRA SCRIPTAS CONVENTIONES *recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, aut panthera ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit.* Sed in SVPRA SCRIPTIS CONVENTIONIBVS contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim, secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam, dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit.

Vtriusque iurisconsulti sententiam eadem, qua hoc loco diuerso caractere distincta est, ratione discernit FRANCISCVS ALEF; ideoque in hoc conuenimus.

§. V.

§. III.

Cum omne controuerſiæ momentum in accurata *huius legis* interpretatione poſitum ſit: ad eius mentem, eo penitius eruendam, illuſtrationis ergo, quædam præmittenda ſunt. *Principio* emtoribus olim familiare ac ſolenne fuit, venditorem, ad promittendum, *rem habere licere*, vel *pacto* adiecto conſtringere, vel ſpeciali interpoſita *ſtipulatione*; id quod illuſtrant conuentionum formulae a BARNABA BRISSONIO *a*) diligenter collectæ. Vtriusque caſus mentionem IVRISCONSVLTVS in *cit. l.* 11. §. 18. iniicit, qui, *ſiue ſtipulatio*, inquit, *eſt interpoſita*, *ex ſtipulatu non tenebitur*; *ſiue non eſt interpoſita*, *ex emto non tenebitur*. Eandem *deinde* vim et poteſtatem habent formulae *promittere, rem habere licere*, et *euictionis præſtationem ſpondere:* Nam ex quo res vendita euincitur, illam habere amplius non licet; idque promittens venditor, emtori, cui rem habere non licet, ad præſtandam *euictionem* obligatur. Quamuis autem generaliori ſenſu et is, rem habere non licere, dicatur, cui res emta quacunque ratione veluti caſu fortuito abeſt, vtpote

a) *De formulis et ſolennibus populi Rom. verbis lib. VI. n. LI. p. 483. conf. L. 38. D. de verb. obligat.*

vtpote ſi ſeruus aufugit *b*): iſtius tamen formulae *primarius ſignificatus* eſt, vbi rem emtori habere non licet propter *euictionem*, ab alio factam. Perſpicue eam in rem POMPONIVS, *nihil intereſt*, inquit, *quo genere iudicii euincatur, vt mihi habere non liceat* *c*). *Vnde Iulianus Lib. XLIII. eleganter definit, duplæ ſtipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, vt eam emtori habere non liceat propter ipſam euictionem* *d*). Id ipſum IVRISCONSVLTVS in *l. cit.* II. indigitat, pactum, *rem habere licere*, emtioni adiectum, ita explicans: *multum intereſſe arbitror, vtrum hoc polliceatur; per ſe venientesque a ſe perſonas non fieri quo minus habere liceat: an vero per omnes*? Mox vero addit: *nam ſi per ſe, non videtur præſtare, ne alius euincat.* Qui ergo promittit, *per ſe non fieri, quo minus rem habere liceat*, præſtare debet euictionem tantum de *ſuo* vel *heredis facto*, non de *alterius*. *Denique* illud quoque obſeruandum, emtionem vel *rei* vel *ſpei* eſſe. In *illa* res certa ita in contractum deducitur, vt emtoris intentio ad rem præſtandam *abſciſſe* reſtricta ſit; vnde obligatio venditoris, vt *rem habere licere* præſtet, deſcendit. In *hac* vero de *re incerta*, cuius *acquiſitio* ab *incerto euentu* pen-

b) *L. 21. §. 3. D. de euictionibus.* *c*) *L. 34. §. 1. eod.* *d*) Verba ſunt VLPIANI *in cit. L. 21. §. 1.*

pendet, contrahitur, ac proinde non id agitur, vt rem præcise habere liceat, sed emtio est, etiamsi eventu merx defecerit *e*), cum emtor spei in pretium soluendum consentiat, siue res emta ei acquiratur, siue deficiente euentu non acquiratur. Falsum itaque est τὸ *rem habere licere* ad emtionis *essentiam* pertinere.

§. IV.

Iam ad sententiam VLPIANI. In vna emtionis formula explicanda occupatus sic rationes init: *Qui habere licere vendidit, videamus, quid debeat præstare? Et multum interesse arbitror, vtrum hoc polliceatur:* PER SE VENIENTESQVE A SE PERSONAS NON FIERI, QVO MINVS HABERE LICEAT: AN VERO PER OMNES? *Nam si per se, non videtur præstare, ne alius euincat.* Inde vero hunc consequentiæ nexum ducit: *Proinde si euicta res erit, siue stipulatio interposita est,* EX STIPVLATV NON TENEBITVR; *siue non est interposita,* EX EMTO NON TENEBITVR. Generaliter decidit, omnem cum ex *emto* tum ex *stipulatu* actionem deficere, ideoque simul docet, ne *pretium* quidem repeti posse, quod non aliter peti, quam ex alterutra, potuisset. *f*) Haec est de-

e) *L. 8. §. 1. D. de contrab. emt. vend.*

f) Vim huius argumenti quoque obseruauit HERMANNVS ZOLLIVS *in diss.*

decifio VLPIANI, haec eius vera fententia, qua probat, fi alius euicerit, venditorem ab omni actione effe tutum, vt ne *ex emto* quidem conueniri poffit, quod tamen admittendum effet, fi *pretii refufionis petitio* adhuc fupereffet. Quodfi poftea ex IVLIANI, fententia contrarium decidiffet VLPIANVS: fibimet ipfi contradixiffet. Sunt omnino contradictoria: *teneri venditorem ex emto ad pretium refundendum, eumque non teneri.* In adductis autem verbis, venditorem *ex emto teneri*, abfolute negat; idque pofitiue decidit: *non tenebitur.* Hactenus fententia VLPIANI. Sequitur *ratio dubitandi*, ab eodem adducta; id quod integer contextus, ex IVLIANO defumtus, docet, cuius fententia fuerat: ad pretium refundendum *ex emto actionem* omnino fupereffe, quod *in totum* negauerat VLPIANVS. IVLIANI orationem ipfam, feu orationis faltem eius fententiam, prout opinatur HENRICVS A SVERIN *g*), fic recenfet VLPIANVS: *Etiam fi aperte ven-*

diff. ad L. 11. §. vlt. D. de act. emt. vend. qui, Vlpianus inquit, *hoc cafu, quo emtor euictionem remifit exceptis certis perfonis, et res ab alio non excepto euincitur, omnem actionem fiue ex ftipulatu fiue ex emto ei contra venditorem denegat. Idem etiam docet Scaeuola in L. 69. pr. D. de euict. vbi dicit, fi quis hominem vendat et in venditione dicat, fe ob libertatis caufam nolle teneri de euictione, et ille homo vel tempore traditionis liber fuerit, vel poftea liber factus fit, eum vlterius euictionis nomine non teneri.*

g) *In repetitis lectionibus iuris ciuilis cap. XLIII.*, quae exftant in *thefaur. Iur. Rom. T. IV. p. 89.*

venditor pronunciet: PER SE, HEREDEMQVE SVVM NON FIERI, QVO MINVS HABERE LICEAT, *posse defendi, ex emto eum quidem in hoc non teneri, quod emtoris interest; verum vt pretium reddat, teneri.* Ibidem ait: *idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur:* NIHIL EVICTIONIS NOMINE PRAESTATVM IRI, *pretium quidem deberi re euicta; vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emtor rem amitteret, et venditor pretium retineret: nisi forte*, inquit, *sic quis* OMNES ISTAS SVPRA SCRIPTAS CONVENTIONES *recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat; quamuis merx ad emtorem non pertineat: Velut cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem, plagis positis, a venatore, aut panthera ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium præstare necesse habebit.* Nemo non videt, aduersas et secum pugnantes esse sententias VLPIANI et IVLIANI. Ille actioni *ex emto* locum esse negat, quod IVLIANVS affirmat. In hoc enim status controuersiæ et totius quæstionis cardo mouebatur. Actionis *ex stipulatu* nullam mentionem iniicit IVLIANVS, nec de eadem contendebatur. Cum enim stricti iuris esset, nec vltra ea, quam quæ in stipulationis formula expressis verbis conuenta erant, compete-

pete-

peteret: neganda vel ideo esse videbatur, quoniam in generali euictionis præstationis remissione, *actio ad pretium rei euictæ repetendum*, nominatim haud erat excepta, *h*). De sola *actione ex emto*, si eiusmodi *pactum* emtioni esset adiectum, contendebatur, quam competere, VLPIANVS negat, IVLIANVS affirmat. Quodsi ergo in vltimis *cit. leg.* mox referendis verbis IVLIANI sententiam amplexus fuisset VLPIANVS; eodem loco duas contradictorias statuisset sententias, quarum prima est: *ex emto non tenebitur*; altera vero: *ex emto tenebitur ad pretii refusionem.* Si ad pretium repetendum superesset *emti actio*, falsa fuisset decisio VLPIANI, generaliter eam excludentis: si prior sententia in tuto collocanda loco; falsa omnino censenda IVLIANI sententia. *Iurisconsulto*, quem *Coryphæum legum prudentum* appellat MODESTINVS *i*) nemo facile contradictoria in eadem oratione imputauerit.

§. V.

In vna duntaxat conuentionis formula explicanda versatur VLPIANVS, hac videlicet: *per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat; an vero per omnes?* duas in medium profert IVLIANVS,

 qua-

h) *l. 99. D. de verb. oblig.*

i) *l. 13. §. 2. D. de excus. tut.*

quarum altera eſt: *per ſe heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat*; quæ eſt vnica VLPIANI; altera: *nihil euictionis nomine præſtitum iri.* Poſterior etſi IVLIANO ob particulam *nihil* latior priori videretur: in eadem tamen ſupereſſe *actionem ex emto* cenſet, id quod generaliter negauerat VLPIANVS, poſtea addens; vtriusque conuentionis vnam eandemque eſſe poteſtatem. Idem recte obſeruat HENRICVS A SVERIN *k*) cuius ſingulares, quæ ad præſens argumentum ornandum illuſtrandumque faciunt, obſeruationes hic paſſim inſerere, nec iniucundum, nec a re alienum eſſe puto. *Eſt ergo*, inquit, *hæc vera Vlpiani ſententia: venditorem, ſiue pollicitus fuerit, per ſe venientesque a ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat; ſiue ſibi per omnia cauerit conuentione, ne quidquam ratione euictionis præſtaret, non teneri, niſi quatenus conuentum ſit; nempe in hoc caſu ad nullam, in illo autem ſolummodo ad eam, quæ ſeſe venientesque a ſe perſonas contingat, euictionem præſtandam.* Vltimo loco vix prætereundum eſſe videtur, VLPIANVM in hoc quoque a IVLIANI ſententia diſcrepare, quod ille ſine hæſitatione ὁριστικῶς decidat: *ex emto non tenebitur:* IVLIANVS vero addubitet, quid potius aut quomodo dicat, et ab initio quidem

k) *l. c. cap. XLIII. p. 89.*

dem mentem vtriusque formulæ hanc actionem admittere, et *defendi posse* asserat, ex emto actionem superesse: mox tamen ostendat, se non sine omni oppositi formidine hoc asseruisse, adeoque addat: *nisi forte* SIC *quis* OMNES ISTAS SVPRA SCRIPTAS CONVENTIONES (h. e. conuentionum formulas adductas) *recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat; quamuis merx ad emtorem non pertineat. Veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem, plagis positis, a venatore, aut panthera ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor, pretium præstare necesse habebit.* Quibus verbis tantum abest, vt nouam conuentionis formulam designasse IVLIANVS videatur; vt potius *omnes istas conventiones supra scriptas*, seu earum formulas intellexisse sit censendus; prout eius verba expresse declarant, vt sensus sit: *nisi* QVIS FORTE SIC, hoc est, eo sensu, *omnes istas suprascriptas conuentiones recipiet*, hoc est, admittet, accipiet, intelliget *quemadmodum recipitur*, hoc est admittitur conuentio, vt *venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat.* Appellatio *recipitur* aptissima et in iure vsitatissima est, vt conuentiones *recipi* dicantur, quæ admittuntur et accipiuntur *l*) *Reci-*

l) *conf. L. 23. in f. de vsurp. et usucap.* ibi: *neque enim recipi potest*, h. e. admitti tolerari, *L. 115. §. 2. de Verb. obligat.* ibi *potest Sabini sententia recipi.*

cipere ergo *omnes ſupra ſcriptas conuentiones*, eſt intelligere et accipere has duas *conuentiones ſupra ſcriptas de emtione ſpei*, primam nimirum, *per ſe heredemque ſuum non fieri*, *quo minus habere liceat*; alteram vero: *nihil euictionis nomine præſtitum iri*. Hæ ſolæ fuerant ſupra ſcriptæ conuentionum formulæ, de quarum mente quærebatur. IVLIANVS cespitabat, easdem de *ſpei emtione* intelligendas eſſe non abſolute negans, ideoque in his verbis non facit *exceptionem*, nec *formulam nouam* ſubſtituit, ſed in ſupra dictis duabus formulis ſubſiſtit. Eandem interpretationem ſequitur HENRICVS A SVERIN *m*,) *et Tandem*, inquit, *ſubiungit dubitationem eiusdem*, (Iuliani) *qua non improbabiliter a priori ſententia vt recedatur, moueri quis poſſet, videlicet quia et alii caſus ſunt, in quibus venditor nummos accipit, nec tamen venditor mercem conſequitur; veluti cum iactus futurus retis emitur a piſcatore, aut indago, plagis poſitis, a venatore, etc. Ex quibus apparet, non penitus aut omnino ſenſiſſe Iulianum, veram eſſe primum a ſe poſitam ſententiam, ſed diſputari tamen non improbabiliter pro ea poſſe; idque ex ratione hac, quod bonæ fidei contractus emtio venditio non videatur pati inæqualitatem conuentionis, vt videlicet emtor rem amittat, et vendi-*

m) *l. c. cap. XLIII. p. 89.*

ditor pretium retineat: adſeri etiam pro vera poſſe, niſi obſtaret ſequens ratio, videlicet, quod nouum non ſit in iure ciuili, vt emtor rem amittat, nec reddat tamen pretium venditor, veluti in exemplo de iactu futuro retis, indaginis panther æ.

§. VI.

Tandem VLPIANVS, ſic expoſita Iuliani ſententia, ſuum, vt ſolet, vtque fecit in *hac lege* aliquoties, adhibet iudicium, *priorisque* a ſe datae *deciſionis* memor, qua *actionem ex emto* repudiauit, eandem repetit his verbis: *ſed in* SVPRA SCRIPTIS CONVENTIONIBVS *contra erit dicendum*, hoc eſt, contra IVLIANVM aſſerendum; *n*) actioni ex emto locum non eſſe ad pretium refundendum. *Nam manifeſtum eſt*, inquit HENRICVS A SVERIN *o*) *id quod dicitur*, contra dicendum eſſe, *ita neceſſario accipi debere, quaſi contra Iuliani primam ſententiam ſentiendum ſit, nempe qua putauit, dici poſſe, ſupra dictas conuentiones, quod ad pretium emtori reſtituendum, non*

n) Idem iam notauit HERM. ZOLLIVS in cit. diſſ. §. V. *Vlpianus, qui huius L. 11. D. de act. emt. vend. conditor eſt, Iulianum tantum pro ratione dubitandi refert, non autem eius deciſionem aut rationem decidendi approbat, ſed potius reprobat et reiicit, eamque non aliter admittit, niſi eo caſu, quo venditor ſciens rem alienam vendit.*

o) *l. c. cap. XLIII. in iur. theſ Rom. Tom. IV. p. 89.*

non valere; si autem contra eam Iuliani sententiam statuendum est ex sententia Vlpiani, sequetur, etiam necessario hoc statuendum esse, supra dictas conuentiones etiam, quod ad pretium attinet, ne id restituatur, valere. Etenim qui refutat alicuius decisionem; eius *primariam* profecto *sententiam*, quam præ posteriori elegisse videtur, reiicit, quæ hæc erat: *ex emto tenetur ad pretium refundendum*; non vero, quam vltimo loco obiter et subdubitans sistebat in verbis: *nisi forte* QVIS *sic* etc. quia IVLIANVS hæc non tam de sua, quam de aliorum interpretatione exposuerat. IVLIANO itaque aut contradixit VLPIANVS, aut non. *Priori casu* certum ac manifestum est, *ex emto* non superesse ad pretium restituendum actionem, quippe quod IVLIANVS adfirmauerat. Si vero non contradixit, si eandem cum IVLIANO sententiam fouit: sibi ipsi contradixit, cum initio ὁριστικῶς et definite asseruerit: *ex emto non tenebitur.* Quis illud vero de ICto acutissimo temere affirmauerit? Verum itaque est, contradixisse VLPIANVM IVLIANO, eumque in hoc contradixisse, de quo quæstio erat; videlicet; vtrum *actio ex emto* superesset? in quo discors est vtriusque ICti sententia. Denique VLPIANVM aperte docere, actioni ex emto locum non esse, limitatio adiecta palam euincit: *nisi forsan sciens alienum vendidit: tunc enim*, hoc est, eo demum

demum casu, non alio, *secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est*, EX EMTO EVM TENERI, (de quo vnice contendebatur) *quia dolo facit*. Ex quo loco hæc eleganter concludit HENRICVS A SUERIN *p*): *Nam ex his omnino colligitur in proxime præcedentibus contrarium dici, videlicet non Iuliani sequendam sententiam, nec dicendum esse, ex emto venditorem ad pretium teneri, vt ille voluerat.* Itaque actionem ex emto superesse prorsus negat, præterquam in *vnico casu: si venditor dolo fecit.* Quemadmodum huic actioni, pactis adductis non obstantibus, locum *secundum regulam* dederat IVLIANVS: ita eandem VLPIANVS *secundum regulam* negat; *actione ex emto* in *casu* tantum *excepto* admissa. Ad quid vero actio emti in hoc casu detur, *relatiue* definit, vt paulo post specialius exponemus.

§. VII.

Tandem si quis cum *Censore* verba: *contra erit dicendum*; ad proxime præcedentia referre malit, vt sensus sit, ***non posse in his conuentionum formulis emtionem spei recipi***, id quod sibi IVLIANVS obiecerat: VLPIANVS sibi rursus non constaret, quod tunc sensus eius esset: *immo*

p) *c. l. cap. XLIII.*

immo in ſupra ſcriptis conuentionibus non continetur emtio ſpei, ſed ſecundum deciſionem priorem ſimpliciter actio emti datur. Qua interpretatione admiſſa, VLPIANO diſcors et priori a ſe propoſitæ deciſioni repugnans ſententia inepte tribuitur. Et moueor, quod exceptio, a ICto mox ſubiecta, tum non quadraret ad regulam. Haec videlicet tum foret: *in ſupra dictis conuentionibus non continetur emtio ſpei.* Itaque *exceptio* inde facienda caſum referre deberet, quo *emtio ſpei continetur*. Sed huius rei nihil apud VLPIANVM occurrit, in exceptione ſua eam potius ſpeciem exponentem, in qua *actio ex emto* competit; certo indicio, regulam in contrarium eſſe faciendam: *in vtraque conventione actionem ex emto deficere.* Deciſionem enim ad caſum *exceptum* referens, in *regula* illam negat. Et verba vltima aperte indicant, IVLIANI *de actione emti* deciſionem pro *exceptione* tantum, non vero pro regula, habitam ab VLPIANO fuiſſe. Quam ab initio regulam poſuit VLPIANVS: *ex emto non tenebitur:* in hac in vltimis verbis ſubſiſtit: *ſed in ſupra ſcriptis conventionibus contra eſt dicendum*, et aſſerendum, *actioni ex emto* locum prorſus non eſſe. De hac vnice contendebatur, et ſtatus controuerſiæ erat. Hunc non mutauit VLPIANVS, ſed in eo ſubſtitit, atque in vnico

co tantum casu IVLIANI sententiam recepit. Sicuti itaque hic casus exceptus de *actione emti* intelligitur: ita regula quoque negatiua de actione emti accipienda: quæ in casu excepto admittitur, in regula negatur. Vt breuibus me expediam: admittit IVLIANI de *actione ex emto* sententiam in *exceptione*, eamque in *regula* reiicit, ac sententiam suam priorem: *ex emto non tenebitur*; veram esse asserit, defendit ac tuetur. Ita sibi constat, VLPIANVS, eaque iusta est interpretandi ratio, qua ita explicatur scriptoris mens, ne sibi ipse contrarius, neue a se ipse discessisse videatur.

§. VIII.

Ita vero VLPIANVS cum illis reuera sentire videtur, qui *spei emtionem* latere in istis conuentionum formulis existimauerunt, adeoque venditorem, re ab alio euicta, prorsus non teneri; quod hæc sit *natura emtionis spei*, vt licet rem emtam habere et retinere non possit emtor, nulla tamen detur actio, sed venditor nummos lucretur, quamuis merx ad emtorem non veniat. Idem suboratus erat IVLIANVS; quamuis non satis expresse mentem suam exposuerit, id tantum arguens; posse etiam istas conuentionum formulas probabiliter pro *emtione spei* recipi.

Hiſce obiter adiungo tertiam et huic ſimilem emtionis formulam, *vt emtor ſuo periculo fundum emat*, olim non minus vſitatam. Memorat eandem PLAVTVS *q*):

> *Ipſe qui tabulas affert, adduxit ſimul*
> *Forma expetenda liberalem mulierem,*
> *Furtiuam, aduectam ex Arabia penitiſſima,*
> *Eam te volo accurare, vt iſtic veneat,*
> AC SVO PERICVLO IS EMAT, QVI EAM MERCABITVR:
> MANCIPIO NEQVE PROMITTET, NEQVE QVISQVAM DABIT;
> *Probum et numeratum argentum vt accipiat, face.*

Verba ex epiſtola, quam in ſcena recitabat leno, deſumta ſunt, ex quibus liquet, *mancipio promittere et dare*, opponi emtioni *ſuo periculo* factæ. *Mancipatio* actus legitimus erat, adeoque, qui mancipio dabat, auctor erat, et de euictione tenebatur auctoritatis nomine. Rurſus PLAVTVS *r*) ita ad propoſitionem Cappadocis lenonis: *mancipio tibi dabo*, ſub Curculionis perſona reſpondet:

> *Egon' ab lenone quicquam*
> *Mancipio accipiam? quibus ſui nihil eſt, niſi vna lingua,*
> *Qui*

q) *In Perſa act. IV. ſc. 3. v. 57.*
r) *In Curculione act. IV. ſc. 2. verſ. 9. ſqq.*

Qui abiurant, ſi quid creditum eſt. Alienos mancupatis,
Alienos manumittitis, alienisque imperatis.
Nec vobis auctor vllus eſt, nec vosmet eſtis vlli.

Hoc eſt: nemo vobis præſtat euictionem, quia vos, lenones, eam nemini præſtatis. Cum lenone contrahens, ſciebat, ſe inſidiis exponi, easque ipſemet huic ſtruebat: id quod his mox ſubiectis declarat verbis:

Odio et malo et moleſtiæ; bono vſui eſtis nulli.
Nec vobiscum quisquam in foro frugi conſiſtere audet.
Qui conſtitit, culpant eum, conſpuitur, vituperatur:
Eum rem fidemque perdere, tametſi nihil fecit, aiunt

Mancipatio itaque deerat, quando *ſuo periculo* quis emtionem celebrauerat, id quod apparet in virginis venditione, quam Sagariſtio lenoni apud PLAVTVM *s*) vendit:

Prius dico: hanc mancupio nemo tibi dabit. Iam ſcis?

Hoc eſt: hanc ea tibi lege nemo dabit, vt periculum euictionis ſubeat; adeoque ancillam ſuo periculo emens, pretium, illa euicta, repeti non poſſe, ſciebat.

§. IX.

s) *In Perſa act. IV. ſc. 4. vers 40.*

§. IX.

Alia emtionum emtoris periculo initarum exempla apud veteres occurrunt. Seruos *pileatos* vendens, eorum nomine nihil præſtabat, vt ex Cælii Sabini ſcriptis docet AVLVS GELLIVS *t*). *Cuius rei*, inquit, *cauſſam eſſe ait Sabinus, quod huiusmodi conditionis mancipia inſignia*, hoc eſt, ſigno quodam conſpicua, *eſſe in vendendo deberent, vt emtores errare et capi non poſſent, neque lex vendundi*, hoc eſt, pactum expreſſum, *opperienda eſſet, ſed oculis iam perciperent, quodnam eſſet mancipiorum genus.* Obſeruat porro, *pileum impoſitum demonſtraſſe eiusmodi ſeruos venum dari, quorum nomine venditor nihil præſtaret*, et ſic ne pretium quidem, actione emti conuentus, redderet: qui enim *nihil* euictionis præſtat nomine, ne pretium quidem reddere obligatur, cum *nihil* omnem omnino præſtationem excludat. Aliam ſpeciem proponit iurisconſultus POMPONIVS *v*): *Si vir vxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio*, hoc eſt, iuſto et proportionato, quanti communi pretio res conſtaret, *et donationis cauſſa paciſcantur, ne quid venditor ob eam rem præſtet*; quæſitum eſſe refert, vtrum tale pactum valeret?

t) *In noctibus Atticis lib. VII. cap. IV.* *v*) *In L. 31. §. 4. de donat. inter vir. et vxor.*

ret? *Iurisconſultus* ait, emtioni quidem robur non deeſſe, *ſed pactum eſſe irritum*, quod donationem inter coniuges contineret, cum venditor pretium lucraretur. *Idem dicemus*, pergit *iurisconſultus*, *x*) *ſi donationis cauſſa pacti ſunt, ne fugitiuum aut erronem præſtent: id eſt, integras eſſe actiones ædilitias et ex emto.* Ipſum pactum in ſe irritum haud erat, et operabatur, vt pretium lucraretur venditor; ſed irritum omnino erat ratione *coniugum*, quod *donationis cauſſa* illos inter eſſet initum. De hoc autem inde facile conſtabat, quod *iuſto* et *æquali* pretio res eſſet vendita. Qui ſuo *periculo*, vel hoc pacto, *ne quid venditor ob eam rem præſtaret*, rem emit, viliori pretio rem comparat ſciens, ad præſtandum, rem habere licere, non obligari venditorem, ſed tanquam ſpem vendere. Hunc emtorum animum depingit PLAVTVS, *y*) ſiſtens ſeruum Toxilum, inducentem lenonem, vt virginem ſuo periculo emeret, quod lucrum ingens ex hoc commercio facere et ſperare poſſet, vtut periculi pleno. Venditor tandem pretium vilius conſtituit, inquiens:

Tuo periculo ſexaginta hæc datur argenti minis

Lenoni ſeruum ſciſcitanti quid agendum eſſet, hic

D *verum*

x) *L. cit. §. 5.*

y) *In Perſa act. IV. ſc. 4. verſ. 110. ſq.*

verum pretium indicat, auctor suasorque est, vt emeret, dicens:

Non ædepol minis trecentis cara' st: fecisti lucri.

Idem repetit Toxilus, aitque z)

Næ hic tibi dies illuxit lucrificabilis!
Nam non emisti hanc, verum fecisti lucri.

Hoc est: tam paruo pretio comparasti, vt pro pretio haberi non debeat, sed magis pro mero lucro et quæstu.

§. X.

Cum vero nihilominus emtio spei bonam fidem, cui dolus repugnat, desideret, et sæpissime contingat, vt venditor, sciens alienum esse, vendat: recte VLPIANVS in *cit. l.* 11. §. 18. *in f. ex emto actionem* hoc casu competere arbitratus est, quia dolo fecit. Si quæritur, ad quid eo casu actio emti competat? Iurisconsultus prouide respondet, secundum *supra datam* IVLIANI *sententiam* ad pretium duntaxat petendum competere; cum id, quod interest, ob euictionis præstandæ remissionem peti non posset, sed *suo periculo* rem emisset, adeoque satis esset, si pretium reciperet. Est enim quod sibi imputet emtor, tam peri-

z) *Ibid. act. IV. sc. 7. v. 1. sq.*

periculosum negotium contrahens, in quo se posse facile lædi, non poterat non animaduertere; cuius consequens erat, vt id petere *plene* non posset, quod alias, pacto hoc remissorio non adiecto, petere omnino potuisset. Qua de causa in verbis, *secundum supra relatam Iuliani sententiam*, ad §. 15. *et* 16. *cit. l.* haud respexit VLPIANVS, sed potius ad sententiam, quam in *supra allatis conuentionibus* æquam esse credidit. Namque VLPIANVS et conuentionum a IVLIANO adlatas formulas et IVLIANI decisionem per verba relatiua coniungens, ait: *Sed in* SVPRA SCRIPTIS CONVENTIONIBVS *contra erit dicendum; nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim*, SECVNDVM SVPRA A NOBIS RELATAM IVLIANI SENTENTIAM (videlicet eam, quam *supra*, in *conuentionibus adlatis*, dederat, quæ ad has vnice se refert,) *dicendum est, ex emto eum teneri ad pretium reddendum, quia dolo facit.* Parum congrua est assertio, Iurisconsultum respexisse ad §. 15. *et* 16. *cit. l.* siquidem cum casibus, ibi adductis, iurisconsulto nulla amplius res est in §. 18, in quo vnice de casu *pacti remissorii* eiusque efficacia agit. Præterea *cit.* §. 16. de casu doli quidem, non vero de PACTO REMISSORIO agit. Et quamuis §. *præcedens* secundum quid de pacto remissorio agat, atque IVLIANVS actionem ex emto

to ob dolum admittat: minime tamen asserit, ad pretium simul et id, quod interest, eam in eo casu, quo rem suo periculo comparauit emtor, competere; sed postea demum VLPIANVS ostendit, quo modo IVLIANI sententia in casu *admissi doli* sit accipienda, vt ob pactum remissorium minus præstet venditor, quam quod, eo deficiente, præstare deberet.

§. XI.

Exposui summa verioris interpretationis capita: nunc videamus, an quæ FRANCISCVS ALEF vrsit, eidem obsint. VLPIANVM, omni remota probabilitate, eandem cum IVLIANO sententiam tueri, arbitratur. Ait §. *XIV. Nam postquam* (Vlpianus) *ex* IVLIANO *et postremo quidem loco retulerat, quod is qui emit iactum retis a piscatore, nummos solutos, etiamsi nihil captum fuerit, non recipiat, vel nondum solutos adhuc præstare teneatur; addit: sed in supra scriptis conuentionibus, contra erit dicendum; id est: in iis vero conuentionibus, quando* RES CERTA *est emta, licet euictio generaliter sit remissa, pretium saltem re euicta, emtori est restituendum.* Opinatur nimirum, VLPIANVM quidem in emtionibus spei, velut in iactu retis, cum IVLIANO prorsus conuenire, vt pretium repeti non possit; in supra scriptis vero conven-

ventionibus, quibus *res certa* in venditionem deducta, venditorem, licet vel maxime generalem de non præſtanda euictione inierit pactionem, ad pretium refundendum perpetuo eſſe obligatum, nec *ſpei emtionem* in illis contineri, atque in hoc VLPIANVM IVLIANO, cespitanti, vnice contradixiſſe. Ex qua noua interpretatione priorem expoſitam euerti ac plane deſtrui, et ſi diuerſa VLPIANO a IVLIANI ſententia mens ſtetiſſet, illum ſcribere potius debuiſſe exiſtimat: *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus idem erit dicendum*, quod in *emtione ſpei* aſſeruerat IVLIANVS; nequaquam vero: *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus contrarium erit dicendum.* Lubrica hæc eſt interpretatio, et menti Iurisconſulti aperte aduerſa. VLPIANVS in *cit. l.* 11. §. 18. venditoris in præſtanda euictione obligationem, *et an et quatenus eo nomine ex emto teneatur*, expoſiturus, ad hanc descendit conventionem, ſi venditor polliceatur: *per ſe venientesque a ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat*: quo caſu ſi ab alio res ſit euicta, nullam prorſus euictionis nomine *ex emto actionem* competere ſtatuit, ac proinde nec ad pretium, nec ad id, quod intereſt, repetendum. Qua deciſione, vt ſupra oſtenſum eſt, præmiſſa, *dubitandi rationem* ex IVLIANI doctrina ſibi for-

 mat,

mat, quippe qui relatam conuentionis formulam similesque aliter explicandas putauerat, defendi posse statuens, venditorem ex *emto* quidem in hoc non teneri, quod emtoris interest, verum, vt pretium reddat, teneri. Hæc erat *dubitandi ratio*, quam sæpe iurisconsulti posteriori loco, præmissa decisione, adferunt, eamque, prout in omnibus iuris quæstionibus fieri solet, reiiciunt. *Rationem* enim *dubitandi* aliorumque sententiam, suæ contrariam, recensens eam non probat, sed potius improbat, vel *absolute* vel *secundum quid.* Ita et VLPIANVS propositam IVLIANI sententiam generali formula improbat: *sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum.* Vnum tantum excipit casum, quo sententiam IVLIANI, in *supra scriptis conuentionibus* adlatam, probat, si venditor dolo fecerit. Ita paucis cohæret, et quidem naturaliter, non coacte, non contorte, series argumenti Vlpinianei. Ita simul (I) aperte liquet, VLPIANVM a IVLIANO dissensisse, et actionem ex emto competere negasse, a IVLIANO admissam. In hoc primo labitur Censor, dum neglecta VLPIANI, primo loco posita, decisione, qua decisiue asserit, *ex emto non tenebitur*, contradictoriam eidem attribuit sententiam. Porro (II). ne IVLIANI quidem sententiam recte explicat, eius verba men-

mentemque sic immutans §. XIII.: *nisi forte* QVIS SIC CONVENERIT, *vt venditor nummos accipiat vel acceptos retineat, quamuis merx ad emtorem non pertineat.* IVLIANVS enim non de noua et a prioribus diuersa *conuentione* agit, nec verbo, *conuenerit*, vtitur: sed antea expositas *conventionum formulas* SIC RECIPI, hoc est, *eo sensu* probabiliter explicari posse docet, vt *emtio spei* contracta et omnis euictionis præstatio sic remissa esse videatur. (III.) Rei certae emtionem, quæ in adductis conuentionum formulis deprehenditur, nouo fuco emtioni *spei* opponit; cum etiam *certa res*, si eius acquisitio ab incerto euentu pendet, tanquam *spes* vendi queat; quemadmodum IVLIANVS supra dictas conuentionum formulas accipi probabiliter posse iudicat, non tamen ὁριστικῶς determinat, sed vt magis in priorem, a se adductam, sententiam inclinare videatur. (IV.) Verba VLPIANI: *sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum*, ita contorquet, ac si cum IVLIANI sententia conuenirent, vt in re certa emta, non obstante generali, non præstandæ euictionis, remissione, *actio ex emto* ad pretium repetendum superesset, quod VLPIANVS ipsemet ab initio negauerat in verbis: *ex emto non tenebitur.* Si enim in IVLIANI castra recessisse VLPIANVM fingere par esset, hunc sibi-

ſibimet contradixiſſe, dicendum eſſet contra boni interpretis officium. Cum Vlpianus in caſu excepto tantum *actionem ex emto* admittat: eam neceſſario, in deciſione, quam pro regula ponit, excludere debuit. (V) Excuſationem vix habet aſſertio, VLPIANVM in caſu excepto, *niſi forte* etc. ſententiam ſuam *ampliare*. Qui ampliat ſententiam, eam extendit, latioremque ei ambitum attribuit; id quod per particulam *niſi* fieri poſſe, nulli vnquam in mentem venit. Qui dicit: NISI *forte ſciens alienum vendit; tunc enim ſecundum ſupra a nobis relatam Iuliani ſententiam dicendum eſt, ex emto eum teneri, quia dolo facit*, non ampliat, non extendit; ſed reſtringit et limitat ſententiam, eumque caſum excipit, quo dolo facit, atque admittit, TVNC demum, et non alio caſu, eum ex emto teneri, de quo vnice quærebatur. Itaque nemo non videt, VLPIANVM extra hunc caſum in prima deciſione: *ex emto non tenebitur*, ſubſiſtere, et, reiecta ratione dubitandi, ex IVLIANO adlata, actionem ex emto prorſus negare. (VI) Quæ qui penſitatius ponderauerit, facile contrariae, quam cenſor format, explicationis errorem animaduertet, qui deciſionem VLPIANI *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus contra erit dicendum*, cum vltimis IVLIANI verbis, in quibus *dubitationis* profert

in-

iudicium, connectit, ac si ille sensisset; contrarium eius, quod IVLIANVS de *spei emtione* dubitanter statuit, in supra scriptis conuentionibus esse statuendum. Nemo non videt, de *primario argumento*, de quo inter vtrumque ICtum dissensus erat, de ea videlicet quæstione, quid per antea adlatas conuentionis, de non præstanda euictione, formulas sit remissum, et vtrum actio ex emto adhuc superesset? iudicium VLPIANI accipiendum esse, quo primam decisionem: *ex emto non tenebitur*, euidenter confirmat. Sentit ergo, nec ad pretium rei euictæ refundendum venditorem *ex emto* obligari: ita, inquam, sentit, *motus videlicet*, vt inquit HENRICVS A SVERIN *a*) *ea, quam in principio legis proposuit, regula, nihil in bonæ fidei iudiciis magis bonæ fidei congruere, quam id præstare, quod inter contrahentes actum conuentumque est.* Ad ea, quae obiter et dubitanter de emtione spei exposuit Iulianus, cum ne ad statum controuersiæ quidem pertineant, haud referenda est Vlpiani decisio. Et quis quæso verborum, quæ sequuntur, sensus existeret, si ex aduersarii opinione procederet interpretatio. Verba

a) *In repet. lect. iur. ciu. insertis thes. Iur. Rom. tom. IV. cap. XLIII. p. 89.*

ba sunt: *Sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum; nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit.* Quodsi priora verba ex sententia aduersarii, in §. *XIV.* dissertationis suae exposita, ita explico: *sed in supra scriptis conuentionibus, quando res certa est emta, licet euictio generaliter sit remissa, pretium saltem, re euicta, emtori est restituendum:* vi oppositi VLPIANI, quae sequuntur, verba hunc sensum haberent: nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim dicendum est, pretium rei euictae haud esse restituendum. In interpretatione adeo inepta, prior quoque menti VLPIANI aperte refragatur. Quo periculo, quod praeuiderat, vt se expediret aduersarius, (VII) vltima verba *exceptitiua*, quae in *ampliatiua* detorquet, aliter intelligenda, et sic capienda putat: *nisi forte quis alienum vendidit; siquidem hoc casu rursus aliud statuendum: tunc enim secundum supra (intellige in §. phis praecedentibus nempe* 15. *et* 16. *eiusdem legis) ab* VLPIANO *relatam* IVLIANI *sententiam dicendum est, ex emto simpliciter eum teneri.* Sic vero beneficio insertae formulae, *siquidem hoc casu rursus aliud statuendum*, mentem ICti non explicat, sed in suam hypothesin conuertit. Ex clausula

la enim, *nisi forte*, patet, VLPIANVM prioris doctrinæ oppositum in sequentibus exponere, ideoque vi oppositi statuere debuisse, in vltimo casu ad pretium repetendum actionem deficere; quod, vti antea obseruatum, legi aperte aduersatur: id quod non minus de omni ista interpretatione dicendum. Censet præterea (VIII) aduersarius, VLPIANVM in verbis: *secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam*, ad §. 15. *et* 16. *cit. l.* 11. respicere, vbi IVLIANI sententiam, in causa doli occupatam, retulit, et in casu doli *actioni ex emto* locum esse docuit. Quodsi admittam, nihilominus tamen falsum erit, VLPIANVM *ampliasse* suam sententiam; cum etiam in *cit. l.* 11. §. 15. *et* 16. casus doli, vt *exceptus*, adferatur, et pariter in verbis vltimis VLPIANVS casum doli *excipiat*, certo indicio, decisionem in contrarium faciendam, vt ex emto non teneatur venditor, si *dolo careat*. Tandem (IX.) VLPIANVS *actionem ex emto* hoc casu admittit, et generaliter ait: *tunc enim dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit*. Quodsi ergo VLPIANVS in sententiam IVLIANI transiisset, hæc inepta prodiret sententia: *sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum et statuendum, actionem ex emto competere ad pretium refun-*

dendum; nisi sciens alienum vendidit: tunc enim dicendum, ex emto eum teneri, quia dolo fecit. Ita in exceptione idem dixisset, quod in regula; id quod absurdum. Sane si VLPIANVS ad optata IVLIANI sententia a priori sua resiliisset, omnino dicere debuisset: *tunc enim dicendum est, ex emto eum* ETIAM PRAETEREA *ad id, quod interest, teneri.* Nec particula NISI, sed verbis ampliatiuis vti debuisset: *Quin etiam si forte sciens vendidit, tunc* PRAETEREA *quoque ad id, quod interest, tenetur.* At VLPIANVS excipit casum, *exceptionis* ratione per particulam *enim* adiuncta: eoque demum casu *actionem ex emto*, de qua quærebatur, secundum IVLIANI sententiam, in supra dictis conuentionibus expositam, admittit. Quod vero ICtus (X) in casu *doli* tantum actionem ex emto admiserit ad *pretium refundendum*, non vero ad id, *quod interest* eius rei ratio in promtu est. Obseruandum enim discrimen inter venditionem *simplicem*, quæ, nullo pacto remissorio adiecto, fit: et inter eam, qua *suo periculo* rem emit emtor; qua remittit euictionis præstationem sub formula: *nihil euictionis nomine præstitum iri.* Priori casu, ob dolum admissum, ad vtrumque tenetur, adeo vt iuramento in litem, omne lucrum cessans, et damnum emergens, æstimari queat. At, prout

prout ſupra §. VIII. oſtendi, in caſu *remiſſæ præſtationis euictionis*, ſufficere arbitratus eſt, ſi iuxta IVLIANI, antea relatam ſententiam, pretium reſtitueret venditor, idque propter *euictionis periculum*, temere atque imprudenter ab emtore in ſe ſuſceptum, et propter *propriam culpam*, ex qua damnum aliquod incurit. In hoc ſtultitiæ ſuæ pœnas dat, qui tam periculoſum init contractum, ſibi optime conſcius, *ſpem* in eo vendi non *rem*, atque adeo ad minimum rem extra aleam non eſſe poſitam. Ipſe venditor, hac lege vendens, rem euictionis periculo ſubeſſe, hoc ipſo non diſſimulat, eoque nomine et viliori pretio vendit, vt alterius prorſus periculo ſit, quemcunque euentum contractus ſit habiturus. Quod tamen non eo vsque extendendum eſſe videbatur ICto, vt ſi venditor *certo* ſciret, ſe rem alienam vendere, ab omni præſtatione immunis eſſet; quin hoc potius ita temperandum, vt ad minimum venditor pretium reſtitueret, iuxta IVLIANI ſententiam, reliquum damnum emtor imprudentiæ ſuæ ac ſtultitiæ acceptum ferret. Hoc temperamento venditoris dolus, pretio reſtituto, emendatur; emtoris vero ſtultitia ſimul coercetur, vt cautius mercari diſcat.

§. XII.

Quæ pro vera atque accurata *L.* 11. §. 18. *de actione emti venditi* interpretatione eruenda, pariter ac pro vindiciis *pacti de non præstanda euictione* asserendis disputata sunt, in his illustrandis nonnihil præsidii ex libris Βασιλικῶν repetere iuuabit. Quæ eam in rem cauta in illis sunt, ex latina CAROLI HANNIBALIS FABROTTI versione hic sistam, eadem ipso græco idiomate in infima margine daturus *b*). Distinguunt vtrumque casum *Basilica*, quem VLPIANVS et IVLIANVS eiusdem efficaciæ et virtutis esse existimauerant. *Item si hac lege vendidero tibi*, NEQVE PER ME NEQVE PER HEREDEM MEVM VEL VENIENTES A ME PERSONAS FVTVRVM, QVO MINVS HABERE TIBI LICEAT; *et alius rem venditam euicerit: non teneor actione ex stipu-*

b) *Lib. XIX. Basilicorum tit. VIII. de actione emti et venditi, leg. V. Tom. II. p. 388.* Καὶ ὅτι ἐὰν πωλήσω σοι ἐφ᾽ ᾧ μήτε ἐμὲ μήτε τὸν κληρονόμον μου ἢ τὰ φερόμενα εἰς ἐμὲ πρόσωπα ἐμποδίσαι σοι ἔχειν, καὶ ἄλλος ἐκνικήσῃ τὸ πραθὲν. οὐκ ἐνέχομαι τῇ ἀγωγῇ τῇ περὶ τῆς μελλούσης ζημίας, οὔτε τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσῃ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ᾽ εἰς τὴν ἀνάδοσιν τοῦ τιμήματος. Εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησα, μηδὲν παρασχεῖν ἐκνικωμένου τοῦ πράγματος, ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ πιπράσκειν ἀλλότριον. Ὁ γὰρ εἰδὼς καὶ τοῦ συμφώνου ὄντος, ἐνέχεται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ πρᾶγμα οὐ μὴν ὁ ἀγνοήσας. Ἐνδέχεται γὰρ τὸν πράτην κερδᾶναι τὸ τίμημα, καὶ τὸν ἀγοραστὴν μὴ ἔχειν τὸ πρᾶγμα. ὡς ἐπὶ ἀλείας καὶ θήρας. Κἂν γὰρ μηδὲν κρατηθῇ, δίδωσιν ὁ ἀγοραστὴς τὸ τίμημα.

pulatu, nec actione in rem ad id, quod intereſt, ſed ad reſtitutionem pretii, niſi pactus fuerim, NIHIL PRAESTITVM IRI, SI RES EVINCATVR, *dum ignorans rem alienam vendo: quippe qui ſcit, quamuis ita ſit conuentum, in rem actione tenetur, non is, qui ignorauit. Nam fieri poteſt, vt venditor pretium lucretur, et emtor mercem non conſequatur: velut in piſcatione ac venatione. Nam tametſi nihil captum fuerit, tamen emtor pretium præſtat.* Quamuis vero *Baſilicorum* libri vi, controuerſas iuris ciuilis cauſſas authentice decidendi, non polleant: in explicandis tamen dubiis *iuris digeſtorum* et *Iuſtinianei* legibus non minimum ferunt momentum, cum ex græca *digeſtorum* et *codicis Iuſtinianei* a THALELAEO *c*), Iuſtiniani coæuo iuriſconſulto, compoſita verſione, quoad maximam partem ſint concinnati. Licet autem a *iure Iuſtinianeo* in nonnullis recedant: cum eodem tamen in plerisque conſpirant, vt ſi ideo leges iuris ciuilis lucem deſiderent, eam ſæpiſſime et abundanter ex *Baſilicis* recipiant *d*). Inexcitato loco exponitur VL-

c) Vt patet ex IOSEPHI MARIAE SVARESII *notitia Baſilicorum, tomo I. Baſilicorum* a. C. A FABROTTO præmiſſa. conf. CHRISTOPH. GODOFREDI HOFFMANNI *hiſtoria iuris L. II, c. III. p. 339.*

d) Vtilitatem Baſilicorum, in interpretandis iuris Romani legibus perſpicuam, eleganter delineat IACOBVS GODOFREDVS *in appendice ad Philoſtorgii Cappadocis* hiſtoriam eccleſiaſticam *diſſ. poſter. ad L. 8. C. de*

VLPIANI in *L.* 11. §. 18. *de actione emti venditi* prolata ſententia, eaque VLPIANO vindicatur. Ab ea vero partim *recedit* compilator, partim eandem *confirmat*; ex ea procul dubio ratione, quod VLPIANVM a IVLIANO diſſentire, animaduertit. IVLIANI ſententiam in priori conuentionum formula, VLPIANI vero in poſteriori veram eſſe cenſet. Methodum ICtorum, quos *herciscundos* appellant, ſecutus eſt, mediam viam ſecurius amplecti poſſe cenſens. Videlicet in formula conuentionis: *neque per me neque per heredem meum vel venientes a me perſonas fieri, quo minus habere tibi liceat*, omnem prorſus cum ex ſtipulatu tum ex emto VLPIANVS denegat actionem, ſi alius rem euicerit. *Baſilica* aliud conſtituunt, et emtori adhuc actionem ad pretium petendum cum IVLIANO largiuntur. Hoc loco ergo *Baſilicorum* auctoritas nulla, quoniama iure ciuili recedunt, illud vero non referunt aut explicant. In altera conuentione, μηδὲν παρασχεῖν, ἐκνικωμένȣ τȣ̃ πράγματος, ſeu, *nihil præſtitum iri, ſi res euincatur*, eandem

de teſtament. p. 44. Illud ſtudioſos iuris monere, operae pretium puto, haud vilem equidem Græcorum interpretum auctoritatem eſſe, et inter alia quidem ad ſtabiliendam ſaepe veram legis lectionem, atque in componendis inter ſe iuris textibus. ſuique ſeculi iurisprudentia indicanda. conſ. IDEM *in manuali iuris cap. VI. p. 88.*

eandem ſententiam, quam Vlpianus aduerſus Iulianum diſputauerat, tuentur Baſilica, videlicet ad pretium refundendum nullam prorſus competere actionem. Idque cum ex integro legis nexu tum præſertim ex verbis, *niſi pactus fuerim, nihil præſtitum iri*, elucet; quibus contrarium eius, quod in præcedentibus aſſertum, cauetur, vbi pretii reſtitutionem adhuc ſaluam eſſe, defenſum fuerat, quam ideo vi oppoſiti plane excludi, intelligitur. Idem in ſequentibus verbis innuitur, quibus venditor, qui, re aliena in emtionis contractum ſcienter deducta, de *non præſtanda euictione* cum emtore conuenerat, actione ad pretium ſcilicet, de quo ibi ſermo eſt, reddendum obſtringi arguitur, illud ipſum autem de eo, qui, eiusmodi pactione inita, ignorans rem alienam vendidit, negatur.

§. XIII.

Rationem eorum, quæ ita ſanciunt *Baſilica*, hanc tradunt. *Nam fieri poteſt, vt venditor pretium lucretur, et emtor mercem non conſequatur: veluti in piſcatione ac venatione. Nam tametſi nihil captum fuerit, tamen emtor pretium præſtat.* Vti in his negotiis *emtio ſpei* continetur: ita Baſilica innuunt, in venditione, cui *pactum indefinitum, de non præſtanda euictione* eſt adiectum, *ſpei emtionem* latere,

F quod

quod emtor, ita paciſcens, rei emtæ periculum in ſe ſuſcipiat, ſeu *ſuo* emat *periculo.* Quibus ipſis dubio occurrunt, quaſi merx per huiusmodi pactum in emtione ex poſtfacto deficere videretur. Nam contingere ſæpius reſpondent, vt emtor, pretio licet ſoluto, mercem non conſequatur; id quod in *emtionibus ſpei* accidere, nemo inficiabitur. In *Baſilicis* ergo, *emtio* cui *pactum indefinitum, ne euictio præſtetur*, adiectum, *emtionis ſpei* inſtar habetur, in qua venditoris nulla eſt ad euictionis præſtationem obligatio *e*). Et recte omnino, et ex ſententia Iuliani, qui eiusmodi emtionem ſic *recipi* poſſe exiſtimauerat. Namque non modo emtio ſpei initur, ſi ipſa merx eſt incerta, ſed et ſi *ius*, in merce competens, tamquam *dubium* et *incertum* in emtionem venit. Ita de hereditate emtionem ſpei contrahi legimus ſub formula conuentionis, *ſi quid iuris eſſet venditoris, venire, nec poſtea quidquam præſtitum iri f*). Eadem fere conventio latitat in emtione, cui *euictionis præſtandæ remiſſio* eſt adiecta, cum venditor quantum iuris habuit, ſe vendere, de cetero vero, ipſo emtore annuente, nihil ſe præſtare declaret, ſi cui forſan potius ius eſſet in re vendita. Quod enim bonæ fidei vendi-

e) *L. 8. §. 1. D. de contrahenda emt.*
f) *L. 10. et 11. D. de hereditate vel act. vendita.*

ditor non niſi ſub pacto euictionis remiſſorio vendere cupiat, ratio vix alia intercedit, quam quod dominium in re vendita competens, extra controuerſiam poſitum haud eſſe, intelligat. Emtor itaque, in pactum remiſſorium conſentiens, periculum incerti dominii ſuſcipit, et *ſuo periculo* emit; et carius ſæpe emit, vt futurae litis periculum quodammodo compenſetur. Ipſe cenſor in pacto ſpeciali, *ne pretium rei euictæ, nec id, quod intereſt, præſtetur,* ſpei emtionem ineſſe tuetur g): cur vero idem in pacto generali, *nihil euictionis nomine præſtitum iri,* negetur, ratio deeſt, cum vox *nihil* omne, quod ad *euictionis præſtationem* alias pertinet, excludat?

§. XIV.

Progredimur ad excutienda ea, quæ pertinent ad *exceptionem* ab Vlpiano propoſitam, qua in caſu remiſſæ quidem euictionis praeſtationis, ſed doli in venditione ſimul admiſſi actionem ex emto ad pretium tantum, non vero ad id, quod intereſt, reſtituendum, ſecundum Iuliani ſententiam admiſerat. Ad vtrumque actionem competere exiſtimat Franciſcus Aleſ. Principio nihil moror, contradictionem, B. Parenti præter rem obiectam, quod in *introductione* *in*

g) in diſſert. §. XXII.

in ius digestorum tit. de euictionibus n. 3. doceat, donatorem, si in dolo est, ad id, quod interest, præstandum obligari, ideoque idem multo magis de doloso venditore sentiendum. Diuersa sunt *donatorem dolosum ad id, quod interest, teneri; et venditorem in dolo versantem, simul vero pactum de non præstanda euictione ineuntem, ad pretium tantum, non vero ad id, quod interest, teneri?* Hoc loco conuentio, *ne aliquid euictionis nomine præstetur*, emtioni adiecta est, quæ ibi plane deficit. Vtraque ergo propositio, de diuerso prorsus, non de eodem casu loquitur. Non negligendum, quod supra propositum est, discrimen, inter simplex negotium, ex quo euictio præstanda; et inter illud, cui conuentio: *nihil euictionis nomine præstitum iri*, est adiecta. In *illo*, ob *fraudem* admissam, tum ad pretium, tum ad id, quod interest, emti iudicium competit: ideoque venditor, perinde ac donator dolosus, ad omne, quod emtoris interest, soluendum obligatur. In *hoc* autem quamuis dolus concurrat: tamen cum emtor, remissa euictionis præstatione, rei emtæ reuera in se suscipiat periculum; deinde in eiusmodi casu vilius rei pretium statui soleat: VLPIANVS iurisdictionem temperandam esse censet, vt, non obstante quidem pacto remissorio, actio ex emto ad *pretium* rei euictæ restituendum, propter

pter dolum commiſſum ſalua atque integra ſit: illud tamen, *quod intereſt*, ob ſuſceptum euictionis periculum, pro remiſſo ſit habendum. Denique in euictione rei donatæ id tantum, quod intereſt, petitur, quia pretium nullum a donatario datum, quod repeti poſſet. At in *emtione* pretium datum, quod vbi emtor recipit, in caſu, quo *ſuo periculo* rem emit, ſatis ſecurus eſt, et reliquum damnum ſtultitiæ ſuæ atque temeritati imputare debet, qui temere ſe huic ſubiecit periculo. *Deinde L.* 6. §. 8. *D. de act. emt. vend.* vrget Cenſor, cuius verba hæc ſunt: *Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex emto, eo nomine, actio emtori competit: nam et dolum malum eo iudicio æſtimari oportet, vt id, quod præſtaturum ſe eſſe, pollicitus ſit venditor, emtori præſtari oporteat.* Damus, emtori ob *dolum malum* venditoris actionem competere, idque ipſum defendimus, quando ad pretium petendum actionem dari ſentimus. De eo quæritur, vtrum ad vtrumque, ad pretium et ad id, quod intereſt, actio detur, ſi ſciens rem alienam vendens de non præſtanda euictione pactus eſt: de quo caſu in §. 8. *cit. L.* non agitur. Quamuis vero §. *vltimus eiusdem legis* pacti, *ne quid euictionis nomine præſtetur*, mentionem iniiceat: generaliter tamen ibi tantum cauetur, dolum in emti iudicio æſtimari, hoc eſt, *pon-*

derari et *obſeruari*, non obſtante pacto remiſſorio. Idem vero obſeruatum eſt, dolum venditoris, ſcienter rem alienam vendentis, in actionem ex emto venire, vt, non obſtante pacto remiſſorio, rei euictæ pretium is reddere teneatur. Idem habet VLPIANVS in ſupra *cit. l.* 11. §. *vlt.*, *ex emto eum teneri, quia dolo facit.* Sed in hoc controuerſiae cardo vertitur, *ad quid* actio ex emto hoc loco competat? Vtrum ad rei euictæ pretium ſimulque ad id, quod emtoris intereſt, reſtituendum detur, an vero ad pretium ſolum? Quod vltimum VLPIANVM ex IVLIANI ſententia ſtatuiſſe, ſupra ſatis ſuperque oſtenſum eſt. Neque quicquam eius rei contrarium in *l.* 11. §. 15. *et* 16. *D. de actione emti venditi*, ad quam porro prouocat cenſor, ſancitur, cum in §. 16. quidem de dolo venditoris, non vero de eo caſu, quo euictionis præſtandæ obligatio remiſſa eſt, ſermo ſit; et §. 15. *cit. l.*, licet de pacto remiſſorio loquatur, generaliter tamen tantummodo diſponat, venditorem *emti iudicio* teneri, non vero ſigillatim caueat, ad quid emti iudicium competat, in quo tamen ſtatus controuerſiæ verſatur vnice. Nec Cenſori prodeſt *L.* 30. §. 1. *eod. tit.* cuius verba hæc ſunt: *Si ſciens alienam rem, ignoranti mihi, vendideris: etiam prius, quam euincatur, vtiliter me ex emto acturum putauit, in id, quanti mea interſit,*

interſit, meam eſſe factam: quamuis enim alioquin verum ſit, venditorem hactenus teneri, vt rem emtori habere liceat, non etiam vt eius faciat, quia tamen dolum malum abeſſe præſtare debeat, teneri eum, qui ſciens (alienam) *non ſuam ignoranti vendidit.* AFRICANVS in hac lege quidem de venditore, qui ſciens alienam rem vendidit, loquitur, non vero de eo, qui ſimul cum emtore de non præſtanda euictione pactus eſt, de quo nobis ſermo eſt. Deinde in *citata lege* non de eo quæritur, quid venditor, ſciens rem alienam vendens, re euicta, præſtare debeat? de quo vnice tamen controuertitur; ſed de eo agitur, vtrum venditor, qui in dolo eſt, *prius, quam res vendita euincatur,* vtili ex emto actione ad id, quanti ipſius intereſt, rem ſuam eſſe factam, conueniri queat? quæ mirum in modum inter ſe differunt. Aliud eſt, venditorem teneri, prius, quam res vendita euincatur: aliud, eum re euicta, ad euictionis præſtationem obligari. Alia quoque eſt ratio, ſi emtioni pactum, *de non præſtanda euictione*, eſt adiectum, in quo alias non præſtare debet, *rem habere licere:* alia, ſi eiusmodi pactum deeſt. De illo tantum diſputatur, non de hoc. Vtramque quæſtionem ſemper confundit cenſor ac perturbat. Vltimo tandem loco *expoſitam* interpretationem hoc argumento petit cenſor: *nam quemad-*

modum,

modum, inquit, *talis venditor emtorem bis decipit, cum et alienam rem ſciens ei vendat, et pacto interpoſito id agat, vt ſe ab euictionis damno et periculo liberet: ita rectae rationi contrarium eſt, non hunc ſed innocentem emtorem doli pœnam ferre.* Neque vero hæc obiectio alicuius momenti eſt, cum a præſenti quæſtione rurſus ſit aliena. Falſum enim eſt, hoc caſu ſemper doloſe emtorem induci, vt remitteret euictionis præſtationem. Quamuis enim doli vitium venditioni adhæreat; pactum tamen adiectum *citra fraudem* iniri poteſt, ſi emtor ad contrahendum ruit: ſi emtionem ambit, exemplo eius, cuius mentionem facit CICERO *b*);denique ſi ſponte, et minori rei venditæ pretio conſtituto, euictionis remittit præſtationem. Quemadmodum vero venditor, ſciens rem alienam vendens, in dolo verſatur; ita emtor, euictionem remittens, non extra culpam poſitus, quod rei venditæ *periculo* hoc modo in ſe ſuſcepto, quandam velut *ſpei emtionem* contrahat. Sicuti vero doli pœnam fert venditor, quod non obſtante euictionis præſtationis remiſſione, ad rei pretium reddendum ſit obligatus: ita emtor habet, quod ſtultitiæ ſuæ, qua rem *ſuo periculo* emit, imputet, quod id, quod intereſt, repetere nequeat. Deinde tantum de mente VLPIANI ſum

(*b*) *lib. III. offic. cap. 14.*

ſum ſollicitus, qui dolum vnice in eo quærit, *quod ſciens rem alienam vendiderit*; de altero vero caſu, quo *doloſe* emtorem ad remiſſorium *pactum inducit*, nihil addit, ſed intactum relinquit, de quo aliud ferendum iudicium, eo quod *pactum remiſſorium* tunc vitio *doli* laboraret. Fac denique, venditorem dolo induxiſſe emtorem, vt *ſuo periculo* emeret virginem, quod in caſu, a PLAVTO ſupra adducto, factum fuiſſe videbatur, nihil aliud inde ſequitur, quam vt venditio et hoc caſu, et priori, quo ſciens rem alienam vendit ſponte ad emtionem ſpei prouolanti, nulla, et vtroque caſu, reſoluta emtione, pretium reſtituendum ſit, non vero, vt etiam *id, quod intereſt*, peti queat. Pretio enim reſtitato, venditor doli commiſſi, et emtor ſimul ſtultitiae ſuae atque audaciae pœnam fert, qui nunquam culpa et temeritate caret. Sicuti itaque iniquum foret, ſi venditor hoc caſu pretium lucraretur: ita pariter non iniquum cenſendum, ſi is, qui tam periculoſum contractum init, et ſe periculo exponit euictionis, aliquid damni ſentiat, quod tali emtione ſpei ingens lucrum captare deſtinauerat, quo hoc caſu merito ſuo excidit, nec id aeſtimare poteſt. Ponamus itaque in caſu, a PLAVTO adducto, lenonem virginem *ſexaginta nummis* mercatum eſſe, quae *trecentis* potuiſſet vendi, ſi iuſto pretio vendita, et in ſtatu ſeruili poſita fuiſſet, quis aſſereret, hoc caſu uno

G ad

ad ſexaginta, ſed potius ad trecentos nummos, quibus vendi potuiſſet, ſi ſerua fuiſſet, ſupereſſe actionem, quod in hoc conſiſteret lucrum ceſſans. Captauerat lucrum ſtultus leno: et eius ſimiles, qui ſuo periculo emunt, idem intendunt, nec pro *iuſto pretio*, ſed longe viliori rem comparant. Quis itaque aſſereret, hoc, quod deeſt iuſto pretio, et quod cum remiſſa euictionis præſtatione compenſatum eſt, pro *lucro ceſſante* eſſe habendum, id quod tamen venditor emtori volenti et conſentienti nec debuit nec voluit præſtare, quia *ſpem* emit, adeoque ſciuit, venditorem, ad nihil præſtandum, obligatum eſſe, præter pretium, ſi ſciens alienum vendidit.

§. XV.

In cauſa ſatis profligata ſuppetias nouas opinionis ſuæ requiſiturus alio ſignificatu, quam vulgo fit, euictionis præſtationem in *cit. L.* accipi vult aduerſarius, diſtinguens *largiorem* inter & *rigoroſam* euictionis præſtationis ſignificationem (*i*). Per illam omnem omnino, quæ per *pretii* & eius, quod *intereſt*, refuſionem contingit, indemnitatis præſtationem intelligit. Per hanc eius duntaxat, *quod emtoris intereſt*, rem non euictam eſſe, reſtitutionem accipit. Nam *audacter*, inquit, *aſſero, euictionis præſtationi, rigoroſe acceptæ,* *non*

(*i*) *§. XVII. cit. diſſert.*

non ſubeſſe rei pretium. Figmentum et fabula eſt *rigoroſus* ille euictionis præſtationis ſignificatus, legibus prorſus incognitus; ac proinde ex eo leges interpretari perinde eſt, ac leges inuertere easque pro arbitrio in ſuas hypotheſes reuocare. *Pretii reſtitutio* primario ad *euictionis præſtationem* pertinet (*k*), adeo vt illius *primario*, eius vero, quod praeterea intereſt, *ſecundario* duntaxat leges mentionem iniiciant. Id ipſum ex natura rei intelligitur, ſiquidem præcipuum ex euictione emergens damnum, in *rei emtæ iactura*, huiusque damni primaria reparatio in pretii reſtitutione conſiſtit, quo res euicta venit. Eius vero, quod præterea emtoris intereſt, rem non euictam eſſe, hoc eſt, quod emtori præter rei iacturam propter euictionem abeſt, quantumque alias forte per rem euictam lucratus fuiſſet, tantum *ſecundario* et *accidentaliter*, nec *ſemper* præſtationi ineſt, quod tale damnum non ſemper adſit, adeoque eius reſtitutio ab euictionis præſtatione abeſſe poſſit. Sæpiſſime emtor, præter *rei amiſſionem*, ex euictione nullum damnum ſentit, quo caſu *pretii* tantum *ſolutione* euictionis præſtatio abſoluitur; ex quo liquet, re euicta, *iacturam pretii* emtioni ſemper adeſſe, non vero aliud præterea damnum, quod ex *accidente* eidem accedit, et ſic *ſecundario.* Id agnoſcunt ICti Romani in

k) *l. 48. l. 53. D. de euictionibus.*

ſtipulatione ſimplæ: ſimplum enim rei pretium, euictionis nomine, nonnunquam promitti ſolebat *l*), quo caſu, re euicta, nihil vtra *ſimplum* rei pretium præſtabat venditor: ſi vel maxime emtoris præterea adhuc intereſſet. Si ergo euictionis præſtatio ex latiori et ſtrictiori ſignificatu explicanda eſt, ſic accipienda eſt, vt in largiori ſignificatu vtriusque, et *pretii* et *eius, quod intereſt*; in ſtrictiori, *pretii* reſtitutio tantum comprehendatur; hoc ſaltem in præſtatione euictionis ob rem emtam euictam nunquam abeſt. Ad vtrumque regulariter et primario quidem ad *pretium*, ſecundario vero ad *id, quod intereſt*, actio datur iure Romano. Perſpicue PAVLVS *m*), *euicta re*, inquit, *ex emto actio non ad pretium duntaxat* (id quod minus dubii habet,) *accipiendum, ſed* (præterea aliquando) *ad id, quod intereſt, competit.* IDEM *n*), *non enim*, (emti iudicium) inquit, *pretium continet tantum* (vtpote quod primario et ſemper continet (*ſed* (etiam ſecundario) *omne quod intereſt emtoris, ſeruum non euinci.* Hoc modo vſu loquendi

l) *L. 56. pr. D. eod.*

m) *L. 70. D. de euict.* Eadem PAVLI lex inter *Baſilica* habetur *lib. XIX. tit. XI. de re emta et euicta leg. 13. tom. II. p. 408.* Εκνικημένυ τῦ πράγματος ὐ μόνον ἐις ἀνάληψιν τῆς τιμῆς ἁρμόζει ἡ ἐπὶ τῇ πράσει ἀγωγὴ, ἀλλὰ καὶ ἐις τὸ διαφέρον. Haec ita interpretatur FABROTTVS. *Euicta re, non ad pretium duntaxat ex emto actio competit, verum etiam ad id, quod intereſt.*

n) *L. 43. in f. D. de act. emt. vend.*

quendi deſignare ſolemus id, quod *principaliter* et *primario*, et quod præterea *ſecundario* rei ineſt, veluti quando dicimus: *audaces non tantum temerarii ſunt, ſed etiam vt plurimum ineptiunt.* In eandem ſententiam abit IAVOLENVS, et quid præſertim, ſi euictio per ſpeciale pactum non fuerit promiſſa, præſtandum ſit, manifeſte docet, aitque *o*): *ſi in* venditione dictum non ſit, quantum *venditorem pro euictione praeſtare oporteat: nihil venditor præſtabit, praeter ſimplam euictionis nomine*, (h. e. pretii refuſionem) *et ex natura ex emto actionis hoc, quod intereſt.* Vnde quoque in *dupla*, quam euictionis nomine ſtipulari, Romanis ſolenne erat, cum *ſimpla*, ſeu *pretium rei*, tum eius, quod *intereſt*, æſtimatio continebatur, vt infra oſtendam. Vtrumque alibi generali formula *eius, quod intereſt*, deſignatur. PAPINIANVS, *p*) *diuiſione*, inquit, *inter cohæredes facta ſi procurator abſentis interfuit, et dominus ratam habuit, euictis prædiis, in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum, qui negotium abſentis geſſit, vt, quanti ſua intereſt, actor conſequatur: ſcilicet, vt melioris aut deterioris agri facti cauſſa finem* (ſeu quantitatem) *pretii, quo fuerat tempore diuiſionis æſti-*

o) *L. 60. D. de euict.* Eadem docet CONSTANTINVS HARMENOPVLVS *in promtuario iuris lib. III. tit. III. de euictione rei venditae n. 89.* Ὅτι τῦ πράγματος ἐκνικηθέντος τὸ ἁπλῦν μόνον τίμημα δίδωσιν ὁ πράτης τῷ ἀγοραςῇ εἰμὴ τὶ καὶ ἕτερον συνεφωνήθη, καὶ τὸ διαφέρον. *Euicta re ſimplex duntaxat eius pretium emtori præſtat venditor, niſi aliud conuenerit, inſuper et id, quod intereſt.*

p) *L. 66. D. de euict.*

aestimatus, diminuat vel excedat. Vnde in legibus breuitatis caussa, quandoque dicitur q) agi *ad id, quod interest*, quae formula *generalis* est, denotatque, quidquid omnino emtori abest. Praecipuum eius, quod emtoris interest, momentum in *emtae iactura* positum est; eiusque pretium recipere, ipsius plurimum interest; qua propter sub illa formula generali vtique *pretii repetitio primario et principaliter* comprehenditur. Perspicue eam in rem ANTONIVS DAVIDVS ALTESERRA r), *re euicta*, inquit, *venditor tenetur de euictione actione ex emto in id, quod emtoris interest, rem euictam non esse; id est tenetur non modo ad pretium restituendum, sed in id, quod interest emtoris.* Idem obseruat IACOBVS CVIACIVS s), quod actio emti in legibus quandoque generaliter in id, quod *interest*, competere dicatur, *quod tamen*, inquit, *ita debet intelligi, vt in eo, quod interest, insit pretium rei, quod emtor venditori adnumerauit.*

§. XVI.

Sic demum efformato rigoroso, cui eius tantum, quod interest, non pretii restitutionem inesse putat, euictionis praestationis significatu, hanc quidem ad *naturam emtionis* pertinere, contra vero obligationem venditoris ad praestandum, vt rem *habere emtori liceat*, *essentialem* emtionis partem esse existimat censor. Per-

q) *Vt in L. 17. 21. 25. 29. 67. D. cit. l. L. 3. L. 9. L. 39. C. de euict.* conf. IDEM *ad l. 60. D. c. l. et ad l. 30. C. c. l. p. 661. et p. 702.*

r) *In recitationibus quotidianis ad L. 70. D. de euict. tom. I. p. 680.*

s) *In paratit. in libr. VIII. Cod. cap. XLIV.*

Pergit denique, ac ita §. *XX.* concludit: *quod ſicut præſtatio euictionis, rigoroſe accepta, eſt tantum proprietas, adeoque a contractu abeſſe poteſt; ita partem eſſentialem in ſuo conceptu formali, vtpote, quæ nunquam abeſſe poteſt, et conſequenter etiam id, quod eſt, rem habere licere, non includat; cum hoc ipſum pars ſit eſſentialis emtionis.* Quemadmodum vero τὸ *rem habere licere*, ex eius mente, pars euictionis præſtandæ non eſt: ita nec *pretii reſtitutionem* ad hanc referendam eſſe opinatur: eoque argumento, in omnibus fere fallente, colorem induere contendit ſuæ pacti remiſſorii interpretationi. Sed quocunque demum ſenſu (I) accipiatur euictionis præſtatio, ad emtionis venditionis naturalia pertinet. *t*) Ab Vlpiano inter ea refertur, *v*) *quæ emtioni inſunt naturaliter, huius iudicii poteſtate*, et præterea ex *ceteris venditionis* dicitur *x*) in eo ſignificatu, quo, vt olim primario, et pretii et eius quod intereſt præſtationem complectitur. *Naturalia* dicuntur, quæ negotiis regulariter inſunt, per pactum tamen mutari poſſunt. Quamuis vero euictionis praeſtatio venditioni ſemper ineſſe ſoleat, adeo, vt ſi vel nihil de ea ſit conuentum, actio *ex emto* nihilo-

t) Nic. Burgundus in comment. de euictionib. c. 87. n. 1.

v) *L. 11. §. 1. et 2. D. de act. emt. vend.*

x) *L. 13. §. 3. D. de iureiurando.* conf. EDMVNDVS MERILLIVS *Obſerv libr. III, cap. XXIII. p. 101.*

hilominus tum ad pretium tum ad id, quod intereſt, recipiendum competat: eadem tamen, ſalua venditione, per conuentionem remittitur: id quod nec ipſe cenſor negat, ſed §. *XXII.* euictionis praeſtationem in largiori, quo *pretii reſtitutionem* comprehendit, ſenſu acceptam remitti per *expreſſum* et *ſpeciale pactum* (§. V.) poſſe concedit. Deinceps (II) in eo errat cenſor, quod venditoris obligationem ad praeſtandum, *rem emtam emtori habere licere*, ad venditionis *eſſentiam* referat. Cum *emtio* et *venditio* contractus ſit conſenſualis, de merce pro certo pretio tradenda; omnis eius *ſubſtantia* vnice in *conſenſu* in *mercem* et *pretium* conſiſtit *y*). Id ipſum illuſtrat ſolennis apud Romanos formula, a BARNABA BRISSONIO z) reſtituta: *eſt mihi res illa illo pretio emta.* Simul ac itaque de re et pretio conuentum; emtio *perfecta* eſt *a*), omniaque ſtatim effecta conſequitur, vt commodum et rei emtae periculum mox ad emtorem pertineat *b*). Ex hoc vero conſenſu, de re pro certo pretio tradenda, ceu ex venditionis eſſentia, proficiſcitur *obligatio* venditoris, de merce tradenda, et niſi

y) Qua de re vid. VLRICI HVBERI *Praelectiones iur. ciu. ad Inſtitut. lib. III. tit. XXIV. n. 2.*

z) *De formulis populi Rom. lib. VI. n. 1.*

a) *pr. I. de emtione et vendit. l. 1. §. vlt. l. 2. §. 1. D. de contrah. emt. vendit.*

b) *l. 11. C. de act. emt. vend. §. 3. I. de emtione et vend.*

nisi aliud per *modum emtionis spei* actum, ad praestandum, vt rem venditam emtori habere liceat *c*). His ipsis emtionis contractus *impletur d*), non vero demum *perficitur*, vt egregie tradit PAVLVS *e*), *non autem pretii*, inquit, *numeratio sed conuentio* PERFICIT *sine scriptis habitam emtionem*. Quaecunque vero per essentialia determinantur, non ipsa *essentialia* sunt, sed *naturalia*, quorsum omnes obligationes emtoris ac venditoris, quae ex contractu emtionis et venditionis proficiscuntur, pertinent *f*). Cum vero, vti IVLIANVS inquit, *obligatus sit venditor, vt præstet habere licere hominem, quem vendidit g*): palam est, hanc quoque obligationem ad *naturalia* emtionis et venditionis esse referendam. Eadem omnium elegantissime illustrat VLPIANVS *h*). Postquam enim generaliter dixerat, ea in emti iudicium deduci, quae praestari inter contrahentes conuenit; pergit: *quodsi nihil*

c) Hac obligatione nihil aliud intelligitur, quam vt venditor præstet, ne quis ex iustiori titulo rei venditæ controuersiam faciat. Aperte id probat VLPIANVS *l. 38. §. 2. D. de verb. obligat.* vbi quæstionem format. *Sed quatenus habere licere videbitur?* Respondet IVRISCONSVLTVS. *Si nemo controuersiam faciat.*

d) *l. 4. C. de act. emt. vend.*

e) *l. 2. §. 1. D. de contrahenda emt.*

f) conf. HEINECCIVS *in elementis iur. ciuil. secundum ordin. Instit. lib. III. tit. XXIX. §. DCCCCXIV.*

g) *l. 8. D. de euictionibus*

h) *l. 11. §. 1. et 2. D. de act. emt. vend.*

hil conuenit, tunc ea praeſtabuntur, quæ NATVRALITER *inſunt huius iudicii poteſtate.* Quaenam vero ex natura emtionis praeſtanda ſint in his, quae ſequuntur, explanat, ſtatimque addit: *Et inprimis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt, tradere: quæ res, ſiquidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum: ſi non fuit, tantum euictionis nomine venditorem obligat:* ſeu vt *rem habere licere* praeſtet, et ſi emtori rem habere non liceat, euictionis nomine obligetur. Naturaliter ergo venditioni ineſt euictionis praeſtatio, niſi aliud conuenerit. *i*) Obligationem quoque ad rem

i) Alio argumento in impugnando pacto de non præſtanda euictione vſus eſt Conſultiſſimus D. IO. TOB. RICHTER *de pacto euictionis non præſtandae inutili* §. II. et V. euictionis præſtationem ad naturalia interna emtionis ſeu ad ea referens, quae ex eſſentialibus dimanant principiis, qualia mutari poſſe negat. Sed vix eſt vt iure defendatur et vſum præſtet illa inter naturalia interna et externa diſtinctio. Eamdem vim habent, quæ negotio vel ex *eius indole* vel ex *legis autoritate* inſunt. Et ſalua eſt negotii eſſentia, etiamſi id, quod ex eſſentialibus eius requiſitis per conſequentiam deducitur, contrahentium conſenſu immutetur. Valent *pacta conuenta*, quæ *detrahunt emtioni, L. 36. D. de contrab. emt.* et *bonae fidei nihil magis congruit, quam id præſtari, quod inter contrahentes actum eſt: quod ſi nihil conuenit, tunc ea præſtabuntur quæ naturaliter inſunt huius indicii poteſtate. L. 11. §. 1. D. de act. emt. vend.* Euictionis præſtanda obligatio ex eo deſcendit, quod contrahens indemnis ſit præſtandus intuitu damni, ex rei euictione perpeſſi. Quis damni reparationem iure remitti poſſe negauerit, ſi dolus abeſt? Quis igitur inutile et inualidum dixerit pactum non præſtandæ euictionis? Salua eſt emtionis eſſentia, etiamſi ſic conuentum, et hoc pacto detractum ſi emtioni. Sic videlicet *ſuo periculo* rem emit emtor, vt in ſpei emtione.

rem tradendam inprimis inter ea, quae *naturaliter* emtioni venditioni insunt, refert iureconsultus. In re tradenda vero, vt cum NERATIO obseruat VLPIANVS *k*), venditor emtori praestare debet, *vt in lite de possessione potior sit*: immo prout IDEM EX IVLIANO probat *l*), *traditum non videtur si superior in possessione emtor futurus non sit*; quibus ipsis significat, ita rem tradendam esse, vt emtori eandem habere liceat, et si ipsi eius rei controuersia moueatur, in lite semper potior, et in possessione sit superior. Quemadmodum itaque obligatio *de re vendita tradenda* de emtionis *natura* est: ita idem quoque de obligatione ad praestandum, *rem habere licere*, iudicium est ferendum. Porro (III), sicut supra obseruatum, emtio vel *rei* vel *spei* est. In *spei emtione* cum *spes*, in incerto euentu posita, *mercis* loco sit; facile liquet, venditorem non vltra, quam vt spem venditam non interuertat, obligari, id vero neutiquam agi, vt, qui adhuc speratur euentus, praecise eueniat, et venditor emtori, *rem habere licere*, praestet. Itaque datur etiam emtio, in qua remittitur praestatio, *rem habere licere*, vt etiamsi nulla ad emtorem merx perueniat, emtio nihilominus valeat, quia *suo* pe-

k) *l. 11. §. 13. D. de act. emt. vend.* *l*) *ibidem.*

periculo emtor rem emit, quod fieri non poſſet, ſi *rem habere licere* eſſentialiter emtioni ineſſet. Vnde POMPONIVS *m*): *aliquando tamen et ſine re venditio intelligitur, veluti cum quaſi alea emitur: quod ſit, cum captus piſcium, vel auium, vel miſſilium emitur: emtio enim contrahitur, etiamſi nihil interciderit: quia ſpei emtio eſt: et quod miſſilium nomine eo caſu captum eſt, ſi euictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur: quia id actum intelligitur.* Idem quoque deſignat IVLIANVS in *l. cit.* 11. §. 18. admittens, *poſſe recipi emtionem, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat.* Quae quidem abundanter declarant, praeſtationem, *rem emtori habere licere*, ab *emtione* abeſſe poſſe. Id praeterea (IV) aperte fatetur aduerſarius *n*), aitque: *Haec autem ſpecies emtionis* (emtio ſpei) *non id vult, quod venditor præſtare teneatur, rem habere licere.* Cum vero *emtio ſpei* vera emtio ſit, et, vt ipſe ait, *ſpecies emtionis*; quae cauſa eſt, quod idem, τὸ *habere licere*, emtionis partem eſſentialem eſſe, tanto ardore defendat, cum tamen hoc in certa emtionis ſpecie, in *emtione* ſcilicet *ſpei*, plane deficiat.

§. XVII.

m) *l.* 8. *§.* 1. *D. de contrahenda emtione.*

n) *§. XXII. differt. cit.*

§. XVII.

Supereſt (V), vt, quae pro colorando errore profert argumenta, parum idonea eſſe oſtendam. Aſſerit primo, illud eſſe de *contractus eſſentia*, quo praeciſe ſublato, tollitur ipſe contractus; iam vero, quod praeciſe ſublata facultate rem emtam habendi, tollatur emtio, haud difficulter exemplis *liberi hominis* et *rei ſacræ* euinci, quod huiusmodi venditiones nullae ſint, cum nec liberum hominem nec rem ſacram emtori habere liceat. *Maior* propoſitio admitti poteſt, ſi ita ſeſe habeat: *illud eſſe de contractus eſſentia, ſine quo ille iniri nequit.* Hoc modo conſenſus, de merce pro certo pretio tradenda, ad venditionis *eſſentialia* pertinet; cum illo deficiente, haec iniri nequeat. At illud, quo *ſublato* ex poſtfacto, contractus tollitur, non ſemper eſt de contractus eſſentia. Nam contractus, etiamſi ad eum perficiendum nihil deſit, tolli tamen ex poſtfacto poteſt. Quodſi emtio et venditio per traditionem, vel ex venditoris extrema contumacia, vel ex mutua partium voluntate non impletur; ipſa tollitur, quamuis per conſenſum in rem et pretium iam fuerit perfecta. Pari ratione *perfecta* ſemel *emtio* per laeſionem vltra dimidium reſcinditur, quamuis aequalitatis in emtione ſeruandae ratio ad *naturalia* eius tantum pertineat. Deinde quod ad *aſſumtum* attinet, nego ac per-

nego, ſublata rem habendi facultate, tolli ſemper emtionem. Emtio ſpei nihilominus valet, licet ad emtorem merx non pertineat, eidemque rem ſperatam habere non liceat. Quaedam itaque venditionis ſpecies occurrit, quae, ſublata rem habendi facultate, non tollitur. Eo ipſo autem; quo obligatio ad praeſtandum, *rem habere licere*, venditori remittitur, emtionem ſpei contrahi palam eſt, quod emtor rem et quidquid iuris venditori in ea fuerit, *ſuo periculo* comparet. Quod vero *liberi hominis* et *rei ſacrae* emtio nulla ſit, eius haec ratio eſt, quod et *libertas* extra commercium poſita, et *res ſacra* nullius, diuinique iuris eſſe credita ſit, ideoque pariter commercio humano exemta; per conſequentiam *merx omnis* deficiat, qua deficiente nulla emtio contrahitur. Quod vero cenſor aſſerat, *rem exemtam eſſe commercio humano*, nihil aliud .eſſe, quam eandem *habere non licere*, omnino fallit. Rem emtam habere non licet, vbi res in commercio quidem eſt, ſed iuſta eius emtori controuerſia fit, et ab eo, qui ſibi potius in illa ius vindicat, euincitur, adeoque emtor eam habere potuiſſet, ſi alteri ius potius in ea non fuiſſet. Tranſit ergo res emta, quam emtori habere non licuit, in alterius dominium, ideoque extra commercium humanum non eſt poſita. Non minus dicendum eſt, quod addit cenſor, rem euictam *ratione emtoris* ex com-

commercio humano exemtam esse. Quid enim, si alter non euincat vsucapionis tempora labi patiatur, vtrum ne *vsucapiendi conditionem* interim habuit, et tandem *vsucepit*? In omnium ore est, *τὸ habere licere* inuoluere nihil aliud, quam *conditionem vsucapiendi*, quae in re tradita emtori praestatur, adeoque eius commercio exemta haud est, cum eam vsucapere queat. Tandem (VI) scrupulum sibi ipse censor mouet, quod *res aliena* valide vendi possit, hanc vero per vindicationem veri domini emtori habere non liceat, ideoque *τὸ habere licere* ad venditionis essentiam non pertineat. Iustae dubitationi non satisfacit, dum rem alienam emtori tamdiu habere licere asserit, donec vere euincitur; et haec duo, *me rem habere*, et *alium eam vindicare posse*, se mutuo haud expugnare. Enimvero hoc ipso tempore, quo a vero domino res aliena euincitur, eam emtori habere non licet, et nihilominus tamen rei alienae venditio ab initio valida ac perfecta fuit. Et quamuis *me habere rem*, et alium *eam posse vindicare*, se mutuo haud tollant: hoc tamen eatenus tantum verum est, quoad res non euincitur, cum ab ipso vindicationis momento rem, ex perfecta emtione quaesitam, habere non liceat. Rei alienae emtio igitur vera emtio est, ob translatam *vsucapiendi conditionem*, quamuis rem emtori, propter euictionem secutam, postea retinere non liceat: ideoque

que hoc ad eius substantiam non pertinet. Nouum argumentum (VII) a contractu *locationis* et *conductionis* deducit o), asseritque, de huius essentia esse, vt locator conductori rei locatae vsum praestet, seu quod idem est, vt conductori re locata libere et quiete vti liceat; adeo vt si cesset id praestare locator, eo ipso conductor a contractu resilire, et quantum est de se, eum rescindere ac annullare possit: eodem vero modo in emtionis venditionisque contractu ratiocinandum esse, ideoque eius definitioni recte adiici formulam, *vt res ita tradatur, vt eam accipienti habere liceat.* Sed non minus erroneum est, obligationem locatoris, vt conductori, *re locata quiete et libere vti licere*, praestet, ad contractus locationis et conductionis *essentiam* pertinere cum huius substantia eadem, qua in venditione, ratione in CONSENSV *de rei vsu vel operæ pro certa mercede præstanda* consistat, ipsoque momento *perficiatur*, ex quo contrahentis consensus declaratur; ex hoc vero, *impleto* contractu, demum locatoris obligatio, vt liberum ac quietum rei locatæ vsum præstet, determinatur. Quæ vero ex *essentia* rei proficiscuntur, non sunt ipsa essentialia. Quid? quod nec sibi ipse constat censor. Cum enim asserat, conductorem, si huic obligationi locator non satisfaciat, a contractu resilire, eum rescin-

o) *§. XVIII. cit. dissert.*

ſcindere ac annullare poſſe: eo ipſo concedit, contractum locationis *perfectum* adfuiſſe, quippe a quo recedendum fuerat, ſi quietum rei locatæ vſum non præſtitit locator. Videlicet per huius vſus præſtationem locationis et conductionis contractus *impletur*, qui iam antea ſolo *conſenſu*, de *vſu* certæ *rei* pro *mercede* exhibendo, *perfectus* fuerat. Eadem prorſus ratione omnia ſeſe habent in emtionis et venditionis contractu; nec eum accurate definiunt, qui eius definitioni addunt: *vt res ita tradatur, vt accipienti eam habere liceat.* Hæc notio *abundans* eſt, quoniam ex iis, quæ ad venditionis *ſubſtantiam* pertinent, determinatur, nec omni emtioni ineſt: abundantes vero notiones ex accurata et logica definitione, quæ rei definiendæ tantum ſubſtantiam tradit, exulant. Denique (VIII.) ab *abſurdo* ratiocinatur, quod venditio ſub formula: *vendo tibi villam Tusculanam, ſed ita, vt eam habere nunquam liceat,* inita prorſus inualida ſit. Quis vero, quæſo, tam ineptam et abſonam inierit venditionem? In hac enim deficit *conſenſus de merce tradenda*, adeoque venditio plane non contrahitur. Alia foret venditionis formula: *vendo tibi fundum tuo periculo ita, ne eundem tibi habere licere præſtem.* In hac enim venditione id agitur, vt res quidem tradatur, ſed ſi forſan ob rei euictionem rem emtori habere non liceat, venditor ab *euictio-*

nis præstatione sit liberatus. Vltimo loco (IX.) ita argumentatur *p*): *de essentia emtionis venditionis est consensus de re tradenda. Iam vero res tradi non videtur, nisi ita tradatur, vt emtor sit superior in possessione, id est, vt emtori præ quouis alio rem habere liceat: ergo consensus in id, quod est, habere licere, est ita de conceptu essentiali emtionis, sicut est consensus de re tradenda.* Enimvero a consensu in rem tradendam, ad *obligationem* ad præstandum, *rem habere licere*, tamquam a diuersis ad diuersa male ducit argumentum, et inter vtrumque ingens discrimen intercedit. Vti §. *ant.* probatum, ex isto *consensu*, tanquam ex venditionis essentia, hæc *obligatio* naturaliter demum determinatur, ideoque ad eius duntaxat *naturam* est referenda, et mutua paciscentium voluntate, salua emtione, remitti potest.

§. XVIII.

Pergit censor, et generalem atque indefinitam conuentionem, *nihil euictionis nomine præstitum iri*, stricte atque ita esse interpretandam sentit, vt tantum ei, *quod interest*, renunciatum esse, credendum sit, salua adhuc *essentiali*, quam vocat, venditoris obligatione, ad præstandum, *rem emtori habere licere*, (vtut remissum sit) adeo, vt si illud effectui dare, ob factam euictionem, non possit, restituendo pretium se ab illa obligatione eximere debeat. *Nam id*

p) §. *XIX. cit, differt.*

id ipſum eſt, inquit *q*), *quod ſiue* IVLIANVS *ſiue* VLPIANVS *in ſæpiſſime cit. l.* 11. §. 18. *de act. emt. vend. innuit, dum dicit: neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emtor rem amitteret, et venditor pretium retineret.* Renunciationes hoc ſenſu ſtricte interpretandæ eſſe dicuntur, quod in illis explicandis renunciantium inprimis voluntas reſpiciatur, ne vltra illorum mentem extendantur. Quid vero actum cenſetur in generali pacto: *per ſe heredemque ſuum non fieri quo minus habere liceat, de extranei facto autem ſe teneri nolle*, vel: *nihil euictionis nomine præſtitum iri?* Huiusne conuentionis aperta eſt ſententia: *quidquid euictionis nomine alias præſtari ſolet, in præſenti venditione haud præſtitum iri?* Etenim vox *nihil* omnem omnino euictionis præſtationem excludit. Nulla ergo iuſta ratione formula poſterior ſic explicatur: id, *quod, ſaluo pretio, emtoris intereſt*, rem venditam euictam non eſſe, a venditore haud præſtitum iri: cum contrahentium conuentio hoc modo ſophiſtice explicetur. Præter rem obiicitur, euictionis præſtationis vocabulum in iſto pacto remiſſorio ſenſu *rigoroſo* eſſe accipiendum, quo id, *quod intereſt*, tantummodo denotat. *Vſus loquendi* contra docet, in euictionis præſtandæ ſignificatu *pretii* potiſſimum

q) §. XXII. cit. differt.

mum restitutionem contineri; ceu §. XV. euictum est. Deinde quis negauerit, remissa obligatione ad præstandum *emtori rem habere licere*, *incertum quid* in contractum deduci, et *spei emtionem* iniri, in qua mnis præstandæ euictionis necessitas exulat, quia, IVLIANO iudice, id in ea agitur, *vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat.* Hoc ipsum censor concedit, et *cit.* §. *XXII.* docet, quod in emtione spei emtori, *rem habere licere*, venditor præstare non teneatur. Admittit, in pacto *speciali: vt nec pretium, nec id, quod interest, euictionis nomine præstetur*, pretii restitutionem recte remitti. Cum vero *generale* pactum, *nihil euictionis nomine præstitum iri*, idem plane, ac pactum *speciale*, contineat, siquidem vox *nihil*, quidquid euictionis præstandæ notione comprehenditur, excludit; deinde in hac quoque formula *emtio spei* latitet: consequens est, idem, quod censor in pacto *speciali* statuit, in *generali* quoque esse statuendum. *r*) Quod quidem ad fucatam æqui-

r) Vim huius argumenti agnouit HERM. ZOLLIVS in diss. cit. ad L. II. §. vlt. D. de A. E. V. §. VIII. *Falsam esse rationem Iuliani, quasi bonæ fidei contractus eiusmodi conuentionem non admittat, ipsi DD. agnoscunt, dum conuentionem hanc ratione certæ causæ vel personæ admittunt, et vlterius etiam pro exceptione tradunt, si nominatim conuenerint contrahentes, vt ne quidem ad pretii restitutionem teneatur venditor. Bartol. Salycetus in L. I. q. 5. C. de periculo et com. rei vend. Caballin tr. de euict. §. 2. n. 27. Carpzov lib. 5. resp.*

æquitatis rationem, a IVLIANO prolatam, attinet, illa primo nihil probat, nihilque decidit: cum ad illustrandam IVLIANI sententiam ab VLPIANO, *citatæ legis* auctore, sit adducta, a qua tamen ipse discessit. Deinde ipse IVLIANVS vers. *nisi forte*, non diffitetur, venditionem ex iusta et probabili caussa, qualis in *emtione spei* occurrit, omnino hanc conuentionem pati, vt, etsi emtor rem amittat, pretium tamen venditor retineat. Eiusmodi vero spei emtionem per illud pactum remissorium contrahi, sæpius iam est obseruatum; cum, qui *omnia* remittit, sine *sophismate* et *contradictione* quædam tantum remisisse dici nequit.

§. XIX.

Venio ad cetera, quæ pro pacto de non præstanda euictione, et pro sententia Vlpiani militant, ar-

resp. 43. et P. 2. Const. 34. def. 22. Si enim bonæ fidei contractus eiusmodi conuentionem, qua re emtori per euictionem ablata venditor pretium retineret, non patitur: sane nihil etiam operabitur, etsi nominatim adiectum sit, vt venditor pretium retineret. Et paradoxum est, vnam conuentionem simul validam et inualidam esse, vti Iulianus hanc conuentionem ratione vtilitatis valere, ratione pretii autem non valere existimauit. Recte igitur hæc sententia ab Vlpiano est reiecta manetque regula: quod remissa euictione ne quidem pretium sit restituendum. Ad vtrumque enim competit actio ex stipulatu vel ex emto; L. euicta 70. D. de euict. vtrumque igitur, euictioni indefinite et simpliciter remissa, remissum censeri debet.

argumenta, ab obiectis offuciis liberanda. Prouocauit B. Parens ad *L.* 11. §. 15. *D. de act. emt. vend.* eiusque vberiorem explicationem dedit §. *XVII. cit. diss.* Verba legis sunt: *si quis seruum ea conditione vendiderit, vt intra triginta dies duplum promitteret, postea* NE QVID PRAESTARETVR, *et emtor hoc intra diem non desiderauit: ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit; tunc enim in hoc fieri, vt per ipsum et heredem eius emtorem habere liceat: qui autem alienum sciens vendidit, dolo non caret et ideo emti iudicio tenebitur.* Quæ hunc in modum explicat censor: s) *quod quamuis post lapsos triginta dies bonæ fidei venditor ad euictionis præstationem non obstringatur amplius; teneatur tamen vel ipse vel heres eius emtori hoc continuo præstare, vt rem habere liceat.* Verum enim vero nisi quis iurisconsulti sententiam plane ineptam dicere velit, hanc explicationem admittere nequit. In hac simul negat, bonæ fidei possessorem post triginta dies ad euictionis præstationem teneri, eundemque simul obligari adfirmat, vt *rem emtori habere licere* præstet perpetuo. Vltimum si verum esset, consequens est, vt si venditor efficere nequeat, vt rem emtori habere liceat, sed ista euincatur, *euictionis nomine* adhuc obligetur: quod ipsum in momento ne-

s) §. *XXIV. cit. diss.*

negauit. Refugium frustra quærit censor in effecto rigoroso euictionis præstandæ significatu, qui ipsius est, non Vlpiani, citatæ legis auctoris. Non ex interpretis hypothesi, leges explicandæ sunt, sed ex mente legis. Vrget porro in *cit. l. bonæ fidei* venditorem illi, qui *mala fide* vendidit, opponi; de *hoc* inprimis asseri, quod licet duplæ stipulatio ad XXX. dies fuerit restricta, eum tamen tum ad pretii tum ad eius, quod interest, restitutionem simpliciter obligari, adeoque de *illo* dicendum esse, quod, ad rei euictæ pretium refundendum duntaxat obstringatur. Sed α) quod ex ipsa legis sententia intelligitur, ICtus, dolosum venditorem ibi non adstringit tum ad *pretium*, tum ad id, *quod interest*, cum asserat, eum tantum teneri ex emto, quæ etiam sententia *l.* 11. §. 18. *de A. E. V. in fin.* sæpius explicata est. β) Expresse asserit, ignorantem venditorem tantum teneri, ne per se vel per heredem suum fiat, quo minus habere liceat: si per tertium ergo fit, quo minus habere liceat, non tenetur, de quo vnice quæstio erat. De suo enim et heredis facto semper tenetur. γ) Porro si iusto consecutionis nexu ab oppositis argumentum ducere voluisset; ita fuisset concludendum, bonæ fidei venditorem ex emti iudicio *non teneri*: hæc enim propositio demum priori, qua malæ fidei possessorem hoc iudicio, *teneri* ICtus adfir-

firmauerat, opponitur. Ipſa legis ſententia neque difficilis eſt neque obſcura: bonæ fidei venditorem, die præfinito elapſo, ad id tantum, *ne ipſemet vel heres eius euincat*, teneri: ſin alius euincat, euictionis nomine eundem haud obligari; cum hoc inter partes fuerit actum, eique ideo merito ſtandum. Obſeruat porro B. PARENS, ne pretii quidem repetitionem a ICto admitti, cum eum duntaxat caſum excipiat, *ne ipſemet venditor vel heres eius rem venditam euincat*; et ſi pretii refuſionem excipiendam eſſe cenſuiſſet, id ſine dubio expreſſiſſet, cum generaliter, *venditorem emti iudicio*, quo pretium repetendum erat, *non teneri*, ICtus loquatur. Non eſt, quod obiiciat Cenſor, *neminem ignorare, venditorem ipſum euincere non poſſe.* Contingere poteſt, rem alienam a venditore bona fide in contractum eſſe deductam, eundem vero iſtam poſtea a vero domino teſtamento acquiſiuiſſe, vel ipſi domino ſucceſſiſſe *t*). Quodſi igitur rem venditam ab emtore vindicare conetur, addita prætexta cauſſa, quod heres domini ſit, a quo viuo res euinci potuiſſet: liti quidem ſeſe immittere huic licet; quo facto, potiori iure a venditore probato, res per ſententiam ei adiudicanda;

t) NIC. BVRGVNDVS *de euictionibus cap. XXXIX. n. 1.* VLR. HVBERVS *in prælectionibus ad tit. de exceptione rei venditæ et traditæ, et* VOETIVS *in commentario ad cit. tit. n. 2.*

da; ſed, re hoc modo euicta, venditor nihilominus euictionis nomine emtori eſt obligatus. Quamvis enim emtor *exceptione rei venditæ et traditæ* venditorem a limine iudicii repellere queat: eius tamen arbitrium eſt *v*), vtrum hac exceptione vti, an vero lite cum venditore conteſtata, euictionem pati, et, re ablata, deinceps victorem actione ex ſtipulatu ad duplum vel ex emto ad pretium et id, quod intereſt, conuenire malit. Quid quod fieri poteſt, quod emtor, exceptione iſta non oppoſita, vel non legitimo tempore prolata, imprudens litem cum venditore ſit conteſtatus, et hic ex potiori iure, poſtea acquiſito, rem euicerit. Poteſt igitur venditor vel eius heres rem venditam euincere; quamuis id ipſi nulla plane ratione proſit, cum rem quidem venditam recipiat, ſed ad euictionem emtori præſtandam obligetur. Venditores ſæpiſſime apud Romanos ita improbe egiſſe, vt ipſi rem venditam vindicare non reformidarint *x*), vel ex eo liquet, quod eius rei cauſſa non ſingularis ſolum *exceptio rei venditæ et traditæ* ſit introducta, ſed emtores

v) *l.* 17. 18. *l.* 73. *D. de euictionibus l.* 3. *C. de rebus alienis non alienandis.*

x) conf. *l.* 14. *C. de rei vind. l.* 4. §. 32. *D. de doli mali & met. except.*

res ſibi quoque ſtipulatione, *ne ipſe vel heres eius faciat, quo minus habere liceat*, proſpexerint, quam formulam VLPIANVS recte hoc modo explicat *y*): *ſed quatenus*, inquit, *habere licere videbitur? ſi nemo controuerſiam faciat, hoc eſt, neque* IPSE REVS, *neque* HEREDES *eius heredumue ſucceſſores.* Manifeſtum ergo eſt, verborum *cit. l.* §. 15., *tunc enim in hoc fieri, vt per ipſum & heredem eius habere liceat*, hunc eſſe ſenſum, ne ſcilicet ipſe venditor vel heres eius rei venditæ controuerſiam faciat, eandemque euincat. Quod vero cenſor addit, quod, quamuis venditor non teneri dicatur, nihilominus tamen *ad pretii reſtitutionem* obſtringatur, ideo quod renunciationes ad non expreſſa haud ſint extendenda, ita vt licet quis euictionis præſtationem remiſerit, per hoc tamen pretii refuſionem, vtpote ab illa diuerſam, remiſiſſe non cenſeatur; ad id redit, quod ſæpius confutatum eſt. Formula pacti generalis fuerat, *ne quid præſtaretur*. Quæ cum omnem euictionis præſtationem, tum eius quoque principalem partem, quæ in *pretii refuſione* conſiſtit excludit: ideoque falſum eſt, quod per huiusmodi interpretationem ad non expreſſa trahatur. Inde ICtus *in cit. l.* generaliter decidit, *venditorem emti*

y) *l. 38. §. 2. D. de verb. obligat.*

emti iudicio (quo vnice pretium repeti poterat) *non teneri.*

§. XX.

Progreditur Cenſor ad explicanda Verba VLPIANI in cit. L. 11. *Multum intereſſe arbitror, vtrum polliceatur, per ſe venientesque a ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat,* ſeu vt res euincatur z), *an vero per omnes. Nam ſi per ſe, non videtur id præſtare, ne alius euincat. Proinde, ſi res euicta erit, ſiue ſtipulatio interpoſita eſt,* EX STIPVLATV NON TENEBITVR; *ſiue non eſt interpoſita,* EX EMTO NON TENEBITVR. Quibus verbis quamquam ICtus omnem, quæ vel ex *ſtipulatu* vel *ex emto* euictionis nomine competebat, actionem emtori eſſe denegandam eamque ideo ne ad pretium quidem repetendum, quippe quod alterutra actione peti debuiſſet, ſupereſſe cenſuerit, *a*) eadem

z) Verba iſta hoc loco male inſerta eſſe, praeter rem exiſtimat Dn. ALFF. Vtraque enim formula in effectu conuenit. Nam rem emtori habere non licet, ſi illa euincitur. Vnde POMPONIVS in *l. 34. de euictionibus, non intereſt,* inquit, *quo genere iudicii euincatur, vt mihi habere non liceat.* Itaque per euictionem contingit, vt rem habere non liceat. Vid. *ſupra §. V.*

a) Aliud aduerſus iſtorum verborum VLPIANI explicationem dubium mouet V. conſult. IO. TOB. RICHTER in cit. diſſ. §. XVIII. exiſtimans, ICtum iis verbis, quæ initio paragraphi leguntur,

eadem tamen in rem ſententiamque ſuam conuerſu-

guntur, non de *pacto remiſſorio* ſed de *euictionis praeſtatione promiſſa* ſermocinari dum dicit: *Qui habere licere vendidit, videamus, quid debeat praeſtare?* Sed vel hunc ſcrupulum tollunt mox inſequentia verba, quibus Vlpianus deſcendit ad eam conuentionis formulam, de qua ſermo eſt, dum ſcribit: *Et multum intereſſe arbitror, vtrum hoc polliceatur,* PER SE VENIENTESQVE A SE PERSONAS NON FIERI QVO MINVS HABERE LICEAT, AN VERO PER OMNES? *Nam ſi per ſe, non videtur praeſtare, ne alius euincat.* In pactione qua venditor duntaxat promiſerat, per ſe heredesque ſuos non fore, quo minus habere liceret, id *tacite* actum videbatur ICto, *ne de euictione ab alio facta teneretur.* Itaque in illa conventione pactum *de non praeſtanda euictione, ab alio facta,* contineri, VLPIANVS decernit, eoque nomine actionem tam ex emto quam ex ſtipulatu ad petendam euictionem denegat. Veriſſimum igitur eſt, ICto non tam de *promiſſa euictionis praeſtatione,* quam de *vi pacti remiſſorii* ſermonem eſſe. Sed noua coniectura vtitur RICHTERVS, et etiamſi illud admitteretur, exiſtimat tamen, verba VLPIANI, NON VIDETVR *praeſtare ne alius euincat,* certam eius deciſionem non exprimere, eumque potius in dubitatione verſatum eſſe, et a priori opinione receſſiſſe videri, dum contrariam IVLIANI ſententiam referens ſcribit; *ſed Iulianus ſcribit:* vocemque *ſed* adhiberi non minus a ICtis, vbi aliorum ſententias approbant. Verum I) diu obſeruauit IAC. CVIACIVS *lib. II. Obſ. cap. XXV.* et *in Comment. ad L. 4. §. 1. D. de Verb. Obligat.* formulam *videri, videtur,* eſſe quidem ſubinde notam diffidentis in id tamen ſe magis inclinare demonſtrantis, ſubinde vero ſolere ICtos tantum modeſtiae cauſa his vocibus vti. Eadem modeſta formula ſententiam de vi pacti remiſſorii dicit ICtus noſter, et ita dicit, vt nullum de certa et conſtanti deciſione eius ſupereſſe poſſit dubium. Addit ſententiae ſuae conſequens: *proinde, ſi euicta res erit, ſiue ſtipulatio interpoſita eſt, ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex emto non tenebitur.* Quando ergo II) ICtus Iuliani opinionem, ſententiae ſuae aduerſam, recenſet; neminem fore arbitror, qui vel vocem, *Sed,* ex ipſius argumenti ratione non exiſtimauerit aduerſatiuam

versurus sic explicat censor: *Obserua rursus*, inquit b) *quod euictio, etiam rigorose talis, et quatenus a refusione pretii contradistinguitur, ex duplici caussa deberi possit: ac primo quidem ex natura emtionis: secundo ex stipulatione, emtioni adiecta; et hinc inscribitur* tit. digest. de euictionibus et duplæ stipulatione. *Atque vt in hoc conueniunt omnes: ita nullo modo sequitur, quod etsi euictio neque ex emto, neque ex stipulatione sit præstanda, quia remissa est, etiam pretium non sit refundendum: hæc enim (vt sæpius audiuisti,) toto cælo differunt. Sinistre itaque Böhmerus interpretatur illa verba:* ex emto non tenebitur; *quia hic loquendi modus cum priori:* ex stipulatione non tenebitur; *in eo conuenit, quod sicut vel omissio vel adiectio stipulationis circa duplam nihil mutat quoad refusionem pretii, ita pariformiter se habeat præstatio euictionis ex emto.* Omnis interpretatio hoc errore innititur, euictionis præstationem, per *duplæ stipulationem* promissam, in effricto sensu *rigoroso*, esse accipiendam

tiuam, vel ICtum crediderit de sua destitisse sententia, quam adeo abscisse proposuit, vt et omnem omnino actionem ad euictionis præstationem petendam negauerit. Atque sic omnia conspirant cum fine *legis cit.* vbi *contra Iuliani sententiam* pronunciandum esse decernit Vlpianus.

b) cit. differt. §. XXV.

accipiendam, quo *pretii repetitionem* non comprehendit: ideoque omiſſionem vel adiectionem *duplæ ſtipulationis* quoad pretii refuſionem nihil mutare, ſed præter *duplum* adhuc *pretium* deberi, licet illud in ſtipulationem tantum deductum fuerit. Euictionis præſtatio, per *ſimplæ* et *duplæ ſtipulationem* promiſſa, ſemper *pretii reſtitutionem* complectitur. *Simpla* euictionis nomine promittitur, cum, quanti res eſt, ſeu ſimplum rei euictæ pretium ſe reſtituturum eſſe, venditor ſpondet. Inde, IAVOLENVS *c*) *ſimplam*, euictionis nomine debitam, ab eo, *quod intereſt*, diſtincte ſeparat. In eandem rem facit illud VARRONIS *d*), qui *cauere debet*, inquit, *de euictione ſimplici, quanti ea res ſit*. Solennior Romanis eſt *duplæ* ſtipulatio, quam ideo *aſſiduam* vocat VLPIANVS *e*). In hac pretii duplum, ſeu *pretium*, quo res veniit, et *alterum tantum*, in caſu euictionis venditor promittit *f*): vt vel hac ra-

c) *l. 60. D. de euict.*

d) *de re ruſtica l. II. c. X.*

e) *L. 31. §. 20. D. de ædilit. Ed.*

f) V. BARNABAS BRISSONIVS *de verborum ſignificatione lib. IV.* voce *dupla p. 508. conf. l. 45. D. de ædilit. edictio.* Eodem modo HARMENOPVLVS *in promt. iur. ciuil. l. III. tit. III. de emtione vendit. n.* 3. duplam deſcribit: πράτης τὸ διπλοῦν παρασχεῖν ἀναγκάζεται, τουτέστιν αὐτὸ τὸ δοθὲν, καὶ ἕτερον τοσοῦτον. *Venditor duplum præſtare compellitur, hoc eſt, et id, quod datum ei fuerat, et tantundem inſuper.*

ratione id, quod intereſt, quod incertæ admodum æſtimationis et difficilis probationis eſſe ſolet, per alterum tantum pretii definiretur. *Dupla* igitur *rei pretium* comprehendit, indeque τίμημα ἐις τὸ διπλοῦν ſicvti *ſimpla* ἁπλοῦν τίμημα a CONSTANTINO HARMENOPVLO *g*) eleganter vocatur. MICHAEL ATTALIATA *h*) *illam* τὸ διπλοῦν τοῦ τιμήματος, *hanc* vero ἁπλοῦν τὸ τίμημα appellat. Vnde in *duplæ* æſtimatione *pretium*, quo res veniit, *fundamenti* loco, ex quo illud definiendum eſt, conſtituitur et duplatur, vt fuſius probat *vir clariſſimus* GERARDVS NOODT *i*) et egregie declarat CONSTANTINVS HARMENOPVLVS *k*) λέγει ὁ νόμος ὅτι ἐπὶ τῆς πράσεως, ἀναγκαίως ἕπεται ἡ δοῦπλα, τουτέστι, τὸ ἐπερωτᾶσθαι τὸν πωλοῦντα ὅτι, ἐὰν ἐκνικηθῇ τὸ πρᾶγμα, ἵνα δώσῃ τὸ τίμημα εἰς τὸ διπλοῦν; quæ ex IOANNIS MERCERI interpretatione ita ſeſe habent; *Dicit lex in venditione duplam neceſſario conſequi, hoc eſt, illud per ſtipulationem a venditore impetrari, vt ſi res euicta fuerit, in duplum rei pretium ſoluat.* Res ipſa ex *L.* 18. 19. 20. *D.*

g) *cit. lib. I. tit. IX. de pacto nudo n. 21. et l. III. tit. III. de euiction. rei vend. n. 89.*

h) *In opere de iure ſeu pragmatica tit. XII. de contractu venditionis,* apud IOAN. LEVNCLAVIVM *in iure Græco Romano tom. II. p. 13.*

i) *In Commentario ad tit. de euictionibus tom. II. oper. p. 470.*

k) *cit. l. lib. I. tit. IX. de pacto nudo n. 21.*

D. de liberali caussa pleniſſime inſtruitur. Quid *dupli* nomine præſtandum ſit, ſic definit ICtus: *Vtrum pretium tantum*, inquit, *an etiam id, quod pretio acceſſit, duplicetur, videamus?* Et *putem omne omnino, quod propter emtionem vel dedit, vel permutauit, vel compenſauit eo nomine,* (*nam et is dediſſe intelligendus eſt*) *vel obligatus eſt, duplari debere.* Itaque euictæ veritatis eſt in *duplæ* vel *ſimplæ* ſtipulatione ſemper *pretii reſtitutionem* contineri, nihilque inconcinnius eſſe, quam euictionis præſtationem, ex ſtipulatione promiſſam, in efficto iſto, qui *pretii repetitionem* haud continet, *rigoroſo* ſignificatu accipere. Deſtructo eo, quo omnis eius interpretatio innititur, cetera omnia corruunt. Falſum eſt, deficiente actione ex *ſtipulatu* et *ex emto,* ad rei euictæ pretium petendum ſupereſſe actionem, quam per *nouum edictum* indicare debuiſſet cenſor, ſi in promtu fuiſſet. Inſtantia, quam a ſpeciali pacto repetit, qua eius tantum, quod ob euictionem intereſt, præſtatio remiſſa, et pretii repetitio excepta eſt, ad rem non facit. Omnis quæſtio in eo vertitur, quid in *generali euictionis præſtandæ remiſſione* pro remiſſo ſit habendum? in qua VLPIANVS omnem emtori tam ex *ſtipulatu* quam ex *emto* denegat actionem.

§. XXI.

§. XXI.

Obſeruat porro B. *Parens* in *cit. diſſert.* §. *XXII.* in *tacito pacto remiſſorio*, veluti ſi emtor *ſciens alienum* quid emit, idem intelligi, vt ne ad *pretium* quidem repetendum vlla actio ſuperſit *l*), cum eiusmodi emtor *euictionis periculo* ſeſe ſubieciſſe videatur. Sed obiicit cenſor, aliam hoc loco ſubeſſe rationem, prorſus ſingularem, quod emtor, qui ſciens rem alienam vel alteri obligatam comparat, *in dolo* verſetur; ideoque fraudem eius puniri oporteat. Verum enim vero quod *venditor* ab obligatione euictionis præſtandæ, ad quam præſertim ob *rem alienam*, *ſcienter* venditam, obſtrictus eſt, *liberetur*, eius ratio fruſtra in *dolo emtoris* quæritur. Quodſi enim vel maxime aſſeram, emtorem, ſcienter rem alienam ementem, in dolo verſari; hic tamen tantum reſpectu *tertii*, ad quem res aliena ſpectat, neutiquam vero in *venditorem* committitur. Ratio ergo aliunde arceſſenda, quæ ex ipſa huius venditionis emtionisque natura omnium facillime eruitur. Emtor enim ſciens rem alie-

l) *l.* 27. *C. de euictionibus.*

alienam, vel alteri obligatam, comparans, *incertum quid* intuitu *euictionis imminentis* (quæ tamen etiam ex negligentia veri domini deficere poteſt) reuera emit, cum res ſemper euictionis periculo ſubiaceat, ideoque ille in ea cauſſa ſit, vt quaſi *iactum retis* a piſcatore emiſſe videatur. In ſpei emtionibus vero cum euictionis præſtatio exulet *m*); non mirum eſt, in hoc quoque caſu nullam, ad euictionem præſtandam, competere actionem, praeſertim cum res euictioni obnoxia vtplurimum minori et leviſſimo pretio comparetur, ob ſuſceptum euictionis imminentis periculum *n*).

§. XXII.

Leuia ſunt, quibus vltimi *in cit. diſſert. §. fin.* traditi argumenti vim atque robur debilitare, molitur cenſor. Explicata eſt *L. 69. D. de euict.* in qua caſus proponitur, quo venditor in venditione ſerui *libertatis cauſſam* excepit, ſeu in ſpecie cauit, *ne teneretur de euictione hominis, ſi liber eſſet:* quo facto et SCAEVOLA,

m) *l. 8. §. 1. D. de contrahenda emtione.*

n) Hoc indicat iuriſconſultus in *l. 39. D. de actione emti venditi.* ibi: *vel minoris emturus eſſet.*

VOLA, ſeruo ad libertatem perueniente, venditorem euictionis nomine non teneri, perſpicue decidit. Si ergo venditor euictionis nomine haud obligatur: idem quoque ex SCAEVOLAE mente, nec ratione *pretii* tenetur; cum pretium euictionis præſtandæ nomine petatur. Regerit ille; in hac interpretatione errorem latere, quaſi inter *euictionis præſtationem* et *rem emtam habere licere* nullum ſit diſcrimen: ideoque in hac opinione verſatur, quod etiamſi conuenerit, ne de *euictione* hominis teneretur, tamen adhuc obligatus ſit, vt hominem *habere licere* præſtet, ſeu vt *pretium hominis* ſoluat. Verum hæc antiquum errorem ſapiunt, quo commentitiam illam euictionis præſtationis, in *latiori* et *rigoroſo* ſignificatu acceptæ, diſtinctionem in leges infert, et quæ de euictionis præſtandæ remiſſione agunt, ita interpretatur, ac ſi illa, in *rigoroſo* tantum ſenſu ſumta, pro remiſſa ſit habenda; in *latiori* autem ſignificatione accepta, ſalua ſemper atque integra ſit, *pretium*que omnino repeti queat. Quo ipſo clara et generalia legum verba, contra iuſtæ interpretationis regulas, ita reſtringit, ac ſi ipſi *iurisconſulti* ita diſtinxerint; quod nulla plane probari poteſt ratione. Exemplo *cit. L.* 69. ergo euincitur, venditorem de euictione præ-

ſtanda non teneri, vbi quædam euictionis cauſa excepta, eoque nomine *tacitum pactum remiſſorium* initum eſt. Exempli vim non euertit coniectura Conſult. RICHTERI, *o*) qua ex ſpecie in *cit. L.* propoſita id tantum intelligi putat, venditorem ſerui plus, *quam ipſe habuit*, non vendidiſſe nec vendere voluiſſe, eaque propter *cauſam libertatis* excepiſſe, ne de ea euictionis nomine teneretur: aliud autem eſſe, rem alienare, *vt propriam*, ſimulque, ſe nolle teneri de euictione, verbis prodere; aliud e contrario, rem, tamquam *non omni modo ſuam*, alienare, eoque nomine ab euictionis præſtatione pacto ſe liberare. Namque id in omni venditione, ſub pacto remiſſorio *bona fide* inita, actum eſſe cenſetur, vt, quantum habuit venditor, vendere, nec quidquam præſtare velit, ſi forte res a tertio iure potiori euincatur: idque intelligere oportet emtorem, euictionis periculum ſuſcipientem. Aliud eſt, ſi quis *ſciens* rem alienam, vt propriam, alienat, ſimulque ſe nolle teneri de euictione paciſcitur: is enim in *dolo* eſt, de quo §. IV. actum.

§. XXIII.

o) *in cit. diſſ. §. XVI.*

§. XXIII.

Non infrequens Germanis fuit de non præstanda euictione conuentio, non minus apud illos valida et efficax, ac ceteræ conuentiones. Vsum in caufis feudalibus non minimum præftat ad liberandum dominum a rei in clientelam datæ euictione. Nec defunt eius pacti vetuftiora exempla. LVDOVICVS *Bauarus*, nomine filii æquiuoci Marchionis Brandenburgici, ratione feudorum ab Epifcopatu Halberftadienfi fufceptorum euictionis præftationem remifit in literis reuerfalibus de a. CIƆCCCXXIII. *p*) *Si forsan aliqua de pretactis fepe dicto filio noftro vel heredibus fuis curta* (diminuta) *fuerint*, *ad euictionem feu recompenfam eorundem* (feu ad aliud feudum eiusdem æftimationis præftandum) *ipfam ecclefiam Halberftadienfem feu Epifcopum*, *qui pro tempore fuerit*, *nec teneri volumus aut quolibet obligari.* In conuentione inter *Fridericum Vlricum* Ducem Brunfuico Lune-

p) vid. IO. PETR. *de* LVDEWIG *reliq. med. aui tom. VII. n.* 33. *p.* 480.

Luneburgenſem, et *Wilhelmum Leopoldum* Comitem in Tettenbach, de Feudis Reinſteinenſibus a. 1644. inita, actum eſt de non præſtanda euictione feudorum Reinſteinenſium: q) *Es will auch das Fürſtliche Haus Braunſchweig Luneburg ihro hochgræfl. Excell. und deren Mitbelehnten zu keiner præſtatione euictionis deren hierin und in den vorigen articuln ihro verliehenen Lehn Stuck verbunden ſeyn.* Et ſolet ſubinde hoc pactum remiſſorium *tacite* iniri, quando dominus, quantum habuit, inueſtitura ſe largiri declarat, quod fit formula, *was wir daran zu leihen haben.* Ceterum cum huius conuentionis vis et obligatio cum generalibus iuris Germanici de fide pactorum principiis innititur, tum eidem vim faceret, qui ex præiudicio opinionis hactenus confutatæ eius tantum, quod vaſalli ob euictionem feudi intereſt, non vero pretii reſtitutionem remiſſam, dominumque de pretio feudi adhuc teneri, exiſtimauerit, cum euictione omni remiſſà, pretii quæ

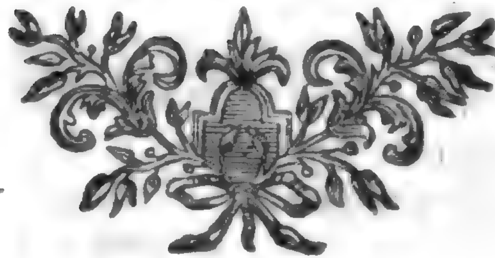
q) Tabulæ inſertæ ſunt *Deductioni pro colorando poſſeſſ. in Sachen Preuſſen und Braunſchweig die Graffſchafft Reinſtein betreffent.* in app. n. XII. p. 42.

quæ primas partes fert in feudi euictione, restitutio, vel alterius feudi eiusdem æstimationis præstatio, quæ in excitatis tabulis Ludouici Bauari *recompensa feudi* vocatur, remissa esse censeatur.

§. XXIV.

Superest, vt noui paternarum ad Digesta exercitationum Voluminis rationem paucis explicem. Complectitur dissertationes, varia Pandectarum argumenta inde a libro XXI. vsque ad librum XXVII. illustrantes. Singularum argumenta recensere supersedeo, cum index argumentorum volumini præmissus succincte exhibeat, quid quoue ordine sit dictum in cuiuslibet argumenti tractatione. Prætermittendas esse existimaui dissertationes de vsu practico doctrinæ de sponsalibus de futuro et de præsenti, de matrimonio coacto, de iure circa solennia matrimonii ecclesiastica, de probatis repudiorum causis, prætermisi etiam dissertationem de iure principis Euangelici circa diuortia; illas vel ideo, quod *iuri protestantium ecclesiastico* ad tit. *de Sponsalibus*

libus et matrim. et ad tit. *de clandestina desponsatione* integræ sint insertæ, hanc vero, quod tota sit Celeberr. ICti Gissensis IO. FRIDERICI KAYSERI. Succedet quintum volumen, quo, quæ supersunt iuris ciuilis dissertationes complecti animus est. Te vero, Lector beneuole, valere iubeo. Scripsi in Academia Georgia Augusta a. d. V. Calend. Oct. cIↃ IↃ CC LI.



INDEX

INDEX EXERCITATIONVM

EXERCITATIO LXI.

Ad Lib. XXI. Pand. Tit. II.

VINDICIAE IVRIDICAE PACTI DE NON PRAESTANDA EVICTIONE CONTRA COMMVNES ERRORES.

Respondente IOANNE BARTHOLDO LEX *Meschedensi Guestphalo.*

Habita anno cIↃIↃccxxxv. pag. 1.

§. I. Communis opinionis nulla vis contra Leges. II. Communis opinio in hoc argumento. III. Euincere quid? Pactum remissorium euictionis præstandæ duplex, generale et speciale. IV. Argumenti vsus in emtione non minus quam in aliis contractibus onerosis. V. Vlpiani et Iuliani sententia discernitur in L. 11. §. 18. D. de act. emt. vend. VI. et VII. Notatur Ant. Fabri sententia, qui speciale de non præstanda euictione pactum impugnat. VIII. Sententiæ interpretum, pactum generale ex mente Iuliani explicantium, Mangilii, IX. Hertii X. Nic. Burgundi. XI. Ger. Noodtii XII. Frantzkii, XIII. Donelli, XIV. Contraria sententia iam a Duareno, Tuldeno, Henrico a Suerin et Titio defensa. XV. Vlpiani cit. L. dissensus a Iuliano euincitur 1) ex verbis cit. L. XVI. 2) ex indole pacti generalis remissorii XVII. 3) ex exemplo pacti de præstanda euictione ad tempus adstricta. XVIII. 4) ex decisione Vlpiani, opposita sententiæ Iuliani. XIX. 5) ex epicrisi Vlpiani de Iuliani sententia XX. 6) ex ipsius Iuliani sententia dubitanter et timide proposita. XXI. et 7) contradictoria. XXII. Qui rem alienam sciens acquirit, euictionis nomine nihil repetit. XXIII. Consensus aliarum Legum.

EXERCITATIO LXII.

Ad Lib. XXI. Pand. Tit. II.

DE VSV ET COMMODIS PACTI DE PRÆSTANDA EVICTIONE IN CAVSIS PRIVATIS ET PVBLICIS.

Respondente LEONHARDO A CANNGIESER *Equite Berol. March.*

Habita anno cIↃIↃccxxxvi. p. 34.

CAPVT. I.

De pacto præstandæ euictionis in genere.

§. I. Cauta Iuris Romani in Germania applicatio, II. præsertim in doctrina pactorum. III. Principia Juris nat. de pactis non repudiata prorsus a Romanis, agnita Germanis. IV. Ex iisdem hodie iudicandum de pactis. V. Generalis euictionis præstandæ significatus. Pactum de ea præstanda quid? VI. VII. VIII. Generalia huius pacti requisita, tum ratione consensus, tum ratione negotii antecedentis, intuitu cuius promittitur euictio.

EXERCITATIO LXIV.

Ad Libr. XXII. Pand. Tit. II.

DE PROBATIONE IN CRIMINALIBVS SPVRIA.

Respondente ARNOLDO ENGELBERTO BVSCHMANN *Rugiano.*

Habita anno CIↃ IↃ CC XXXII. pag. 145.

 per

EXERCITATIO LXV.

Ad Lib. XXII. Pand. Tit. II.

DE COLLISIONE PROBATIONVM.

Respondente CHRISTOPHORO FRIEDERICO KOCH *Sangerrh. Thuring.*

Habita Anno cIↃIↃCCVII. p. 196.

EXERCITATIO LXVII.

Ad Lib. XXII. Pand. Tit. IV.

DE IVRE ET AVCTORITATE SIGILLI AVTHENTICI.

Respondente IACOBO GISEBERTO NAGELIO

Eslinga-Sueuo.

Habita cIↃIↃCCXLII. pag. 291.

VII. Ex vſu ſigilli authentici quinam pendeant effectus? VIII. Exempla falſi circa illud commiſſi. IX. Varii modi falſorum circa Sigilla. X. Horum poenæ.

EXERCITATIO LXVIII.

Ad Lib. XXII. Pand. Tit. IV.

DE SCRIPTVRIS NON LEGIBILIBVS.

Reſpondente IO. MELCHIORE VON DEM BVSCH

Eq. Weſtph.

Habita anno cIↃIↃcc. pag. 344.

CAPVT I.

De cauſis ſcripturam non legibilem reddentibus.

§. I. De imperitia Græcæ linguæ in ſtudio Iuris. II. De uſu eius in Iurisprudentia. III. De imperitia Gloſſatorum et Accurſiano dicto: Hæc græca ſunt, quæ legi non poſſunt. IV. De ſtudii critici vtilitate in genere. V. Probatur et declaratur exemplis VI. Quatenus criticum ſtudium in Iurisprudentia locum inueniat. VII. Iudicium de ſtudio critico ſubiungitur. VIII. Progreſſus fit ad propoſitum thema et quid per ſcripturam non legibilem intelligatur; exponitur. IX. Quatenus ſcripturam non legibilem hic conſideremus. X. Methodus dicendorum. XI. Prima cauſa ſcripturam non legibilem reddens adducitur. XII. Secunda: per notas incognitas ſcriptura redditur non legibilis. XIII. De veteri more ſcribendi per notas et ſigla. XIV. Tertia: ex deſcriptione male efformata. XV. Quarta: Omiſſio interpunctionum. XVI. Quinta: ex modo ſcribendi obſoleto. XVII. Plures combinantur cauſæ. XVIII. Steganographia quoque ſcripturam non legibilem reddit. XIX. Adduntur vitia extrinſeca ex quibus ſcriptura fieri poteſt non legibilis.

CAPVT. II.

De legibus non legibilibus.

§. I. Rebus non verbis Leges eſſe poſitas. II. Obiectiones criticorum recenſentur. III. Magis reſpiciendum eſſe in Legibus ad mentem quam ad verba. IV. Explicatur L. 6. de V. S. V. Num ad antinomias conciliandas criticorum labores quid conferant? VI. Quatenus criticorum labores vtilitatem in Iure præbeant? VII. Num Leges deſperatæ lucem accipiant per manus criticorum. VIII. Exemplo res illuſtratur. IX. Criticorum ſtudium incertam ſæpe reddit Iurium deciſionem. X. Subſidia vulgata ad variantes lectiones enucleandas recenſentur. XI. Num pro e-

vol-

CAPUT III.

De Testamento non legibili.

CAPUT IV.

De Instrumentis et aliis scripturis non legibilibus.

EXER-

INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO LXIX.

Ad Lib. XXIII. Pand. Tit. I.

DE DIVERSO SPONSALIVM ET MATRIMONII IVRE.

Resp. et auctore HENRICO BENDELEBEN *Brema-Saxone.*

Habita anno cIↄIↄCCXVIII. pag. 411.

PROLEGOMENA

De praeiudiciis quibusdam circa matrimonii et sponsalium conuenientiam.

§. I. Error quorundam sponsalia et matrimonium eodem censu habentium. Eius causa 1) ex male intellecta regula: consensum facere nuptias. II. III. Discrimina consensus sponsalitii et matrimonialis. IV. Causa 2) ex promiscua desponsatorum et coniugum appellatione in iure diuino et ciuili. V. Quo sensu id fiat. VI. Causa 3) ex dogmate de sponsalibus de praesenti. VII. Indoles sponsalium de futuro, VIII. et sponsalium de praesenti IX. de his Protestantium sententia. X. Argumenti ratio.

CAPUT I.

De diuerso sponsalium et matrimonii Iure in Iure romano.

§. I. Discrimina sponsalium et matrimonii ratione diuersae appellationis, II. et definitionis III. ratione diuersae vtriusque originis, IV. diuersi finis V. et causae efficientis VI. ratione aetatis VII. modi ea in absentia contrahendi VIII. ratione prohibitionis, magistratibus prouincialibus factae IX. anni luctus X. valoris XI. affinitatis ex matrimonio tantum contractae XII. potestatis maritalis, XIII. ratione obligationis ad operas XIV. ad copulam carnalem, XV. et ad domicilium mariti agnoscendum XVI. ratione iurium vxoris circa statum et dignitatem mariti, XVII. ratione luctus, XVIII. dotis et bonorum vxoris, XIX. alimentorum XX. donationis sponsalitiae, XXI. successionis, XXII. iuris praelationis in pignore XXIII. ratione obligationis XXIV. et modi ea vel sub conditione vel fine ea ineundi XXV. ratione solennitatum, XXVI. poenae binorum sponsalium et matrimonii duplicis XXVII. secundarum nuptiarum XXVIII. vindictae in adulterum exercendae XXIX. adulterii XXX. donationis inter coniuges, XXXI. et tutelae.

CAPUT II.

De diuerso Iure sponsaliorum ac matrimonii canonico.

§. I. Principia I. Can. in doctrina sponsalium et matrimonii. II. Utriusque discrimina ratione constitutionis, III. transactionis IV. delationis iuramenti, V. consensus

CAPUT III.

De diuerſo Iure ſponſalium et matrimonii germanico et hodierno proteſtantium.

EXER-

INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO LXX.

Ad Lib. XXIII. Pand. Tit. II.

DE COMMVNIONE ÆRIS ALIENI INTER CONIVGES HAMBVRGENSES OCCASIONE INPRIMIS STATVTI HAMB. P. II. TIT. V. ART. X. ET XI.

Respondente CONRADO DIETERICO VOLCKMANNO

Hamburgensi.

Habita anno cIↃ IↃ ccxxviii. pag. 590.

§. I. Statuta de ære alieno pro coniuge soluendo improbata Doctoribus. II. Communio bonorum inter coniuges aduersa statui connubiorum apud Romanos, III. sed congrua connubiis Germanorum. IV. V. Eius probationes et reliquiæ in iuribus particularibus Germaniæ. VI. Eius rationes ex moribus Germaniæ repetitæ. VII. Aduersæ moribus Romanorum, nec ideo ex his explicandæ. VIII. Sententia DD. de interpretatione statutorum ex Iure Rom. IX. Principia doctrinæ de communione bonorum connubiali X. argumenti ratio XI. Communio bonorum inter coniuges vel absoluta vel secundum quid talis. XII. Hæc subinde ad acquæstum coniugalem adstricta. XIII. Statuta eo pertinentia. XIV. XV. Notatur Lauterbachius eandem ex principiis societatis quæstuariæ explicans. Ius plicatæ manus. XVI. XVII. Speciales Lauterbachii rationes excussæ XVIII. communio omnimoda ex rationibus Iuris Hamb. euicta. XIX. Ex ea descendens communio æris alieni inter coniuges Hamburgenses. XX. Differentia inter communionem absolutam et restrictam ratione æris alieni agnoscendi. XXI. XXII. Ius Hamburgense antiquum et nouius in hoc argumento. XXIII. Diuisione facta an maritus ex ære alieno vxoris in solidum teneatur? XXIV. an vxor ex debito mariti? XXV. Quid secundum Jus Hamburgense statuendum? XXVI. An coniugi omne æs alienum soluenti regressus competat aduersus eos cum quibus bona communia diuisa sunt? XXVII. de communione æris alieni moto concursu. XXVIII-XXXII. Explicatur Jus Hamburgense. XXXIII. Consummato demum matrimonio per thalami consensionem oritur communio æris alieni. XXXIV. Variæ inde deductæ conclusiones. XXXV. Aes alienum stante matrimonio contractum supponitur: quorsum et mulcta pertinet. XXXVI. Diuersa ratio confiscationis bonorum. XXXVII. Quænam sint debita matrimonialia? XXXVIII. Ad ea non pertinent debita quorum dies vel conditio existit secutis nuptiis. XXXIX. An discrimen faciendum inter debitum sociale et non sociale? XL. Moto concursu ob debita ante matrimonium contracta, vxor illata petit. XLI. Jus coniugum pactis dotalibus a communione recedendi.

INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO LXXI.

Ad Pand. Lib. XXIII. Tit. IV.

DE SVCCESSIONE HEREDITARIA CONIVGVM EX PACTIS DOTALIBVS.

Respondente CAESARE SCHEVRER *Oberwezzo-Solmensi.*

Habita anno CIↃ IↃ CC XXXIV. pag. 667.

CAPUT I.

De diuersa Iuris Romani et Germ. sententia circa successionem coniugum ex pactis dotalibus.

CAPUT. II.

De pactorum successoriorum inter coniuges indole et efficacia.

EXERCITATIO LXXII.

Ad Pand. Libr. XXIV. Tit. I.

DE STATV DONATIONVM INTER VIRVM ET VXOREM ANTIQVO ET HODIERNO.

Respondente IOAN. FRIEDERICO STOCKMAIER *Stuttgard. Wurtemberg.*

Habita anno CIↃ IↃ CC XXVII. pag. 717.

EXERCITATIO LXXIII.

Ad Pand. Libr. XXIV. Tit. III.

DE PRIVATIONE DOTIS ET SVCCESSIONIS STATVTARIAE EX CAPITE ADVLTERII.

Respondente PETRO THEODORO WIESE *Hamburgensi.*

Habita anno clↃ Iↄ ccxxiv.

CAPUT I.

De poena dissidii secundum Ius romanum.

§. I. Diuortiorum ratio praecipue apud Romanos. II. Cura pro conseruanda dote mulieris diuertentis. Inde fauor dotium. III. Nuptiae sine dote non legitimae, nec mulier facile priuatione dotis punita.

 IV.

IV. In pœnam diſcidii tamen priuatio dotis ſtatuta. V. Ante Legem Iuliam actio de moribus recepta. VI. Diuortio culpa vxoris facto, dote mulctabatur, VII. non vero integra, ſed parte. VIII. Sententia Legis Iuliæ. IX. Uxore diuertente, maritus partem dotis propter liberos retinebat. X. Diuortio propter mores vxoris facto, pars dotis lucro mariti cedebat, XI. veluti ob adulterium et religionem peregrinam. XII. Veſtigia huius Iuris in Digeſtis. XIII. Aduerſus hanc poenam nulla reſtitutio in integrum. Quando ceſſauerit poena? XIV. Quid Iuris diuortio culpa mariti facto? XV. Poena omnis ceſſat, diuortio ex vtriusque culpa eueniente. XVI. Diuortiorum libertas lege Conſtantini reſtricta. XVII. Iuſtiniani variæ de ea ſanctiones. XVIII. Iuris Canonici diſpoſitiones.

CAPUT II.

De priuatione hodierna dotis et ſtatutariæ portionis ex capite adulterii.

§. I. Ordo dicendorum. II. Poena priuationis hodienum obtinet. Eius ratio Iure Rom. in culpoſo diuortio, iure Can. in adulterio collocatur. III. Inde Iure Rom. heredibus mariti nec actio nec exceptio datur. IV. Sed datur Iure Can. V. Et agere poſſunt de dote non ſoluta VI. ſiue legitimi ſint heredes ſiue extranei. VII. Et maritus inde mortua vxore Iure Can. habet actionem et exceptionem. VIII. Priuatio dotis non obtinet ob ſtuprum viduæ intra annum luctus. Num ob ſtuprum ſponſæ? IX. Donatio propter nuptias committitur ob adulterium mariti. X. Adulterium vel verum eſt vel præſumtum. XI. Præſumti violenta ſint indicia. XII. Et in præſumto locus eſt priuationi dotis, et in eo, cuius mulier ob contumaciam conuicta decernitur. XIII. Poena priuationis quid comprehendat? XIV. Obtinet a tempore commiſſi adulterii. XV. Quibus modis ceſſet? XVI. Iuris Rom. et Germ. diuerſa principia circa bona coniugum. XVII. Communionis bonorum inter coniuges reliquiæ XVIII. præſertim in Iure Hamburgenſi XIX. ab ea coniuges recedunt per pacta dotalia. XX. Coniux adultera ſucceſſione ſtatutaria priuatur. XXI. Eadem poena mariti. XXII. Ponit adulterium viuo coniuge admiſſum, XXIII. et coniuges inuicem haud reconciliatos. XXIV. Sufficit adulterium præſumtum. XXV. Huius poenæ effectus. XXVI. Pactis dotalibus initis, ius commune ſequendum eſt.

EXERCITATIO LXXIV.

Ad Lib. XXVIII. Pand. Tit. I.

DE TESTAMENTIS MVLIERVM.

Reſpondente EBERHARDO SCHREBER *Oldenburgico.*

Habita anno CIↃIↃCCXLI. pag. 843.

CAPUT I.

De Teſtamentis mulierum ex Iure ciuili.

§. I. Natales et progreſſus teſtamentorum. II. Quibus olim permiſſum facere teſtamenta. III. Teſtamenti factio quid? IV. Mulieri ius teſtandi olim negatum. V.

EXERCITATIO LXXV.

Ad Lib. XXVIII. Pand. Tit. I.

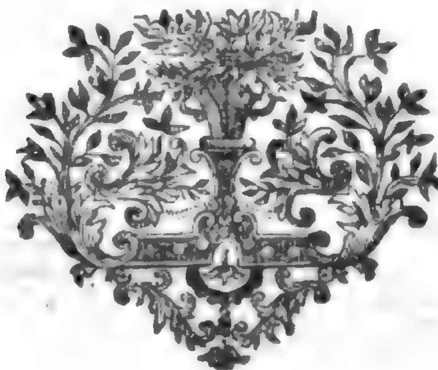
DE TESTAMENTO NON PRAELECTO.

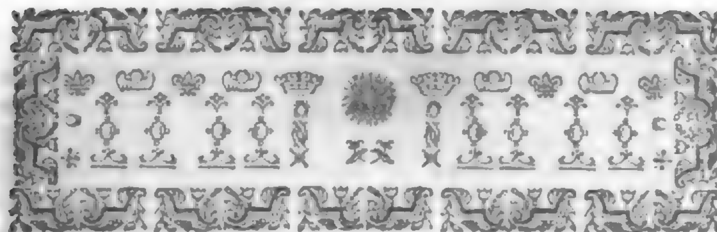
Respondente

LAVRENTIO TINNE *Haga-Schaumburgico.*

Habita anno cIↃIↃcxcix.

§. I. Cura Romanorum pro seruandis secretis testamenti II. de captatoriis institutionibus, et poena recitantium alienas voluntates. III. Transitus ad materiam de praelectione testamenti. IV. Explicatur rubrica et quid sit praelectio? V. Quatenus in testamento coeci sit necessaria VI. ratio plenius excutitur. VII. An testamentum coeci sit nuncupatiuum nec ne? VIII. Correctio Nouell. Leon. 69. improbatur. IX. Praelectio etiam in testamentis coecorum priuilegiatis est necessaria. X. Et in testamento imperiti literarum. XI. Dissentientis Cothmanni ratio adducitur. XII. Secunda ratio dissentientium XIII. tertia XIV. quarta XV. quinta XVI. sexta XVII. septima XVIII. octaua XIX. nona XX. sententia vera et status controuersiae proponitur. XXI. Probatur 1) ex Iuris Naturae Principiis XXII. separanda Iuris naturae requisita a solennibus Iuris ciu. XXIII. Applicatio ad quaestionem propositam. XXIV. 2) Ex principiis Iuris ciuilis et regulis bonae interpretationis. XXV. ICti deficientibus Legum verbis ad legitimam procedunt interpre-





EXERCITATIO LXI.

AD LIB. XXI. PAND. TIT. II.

VINDICIAE IVRIDICAE

PACTI

DE

NON PRAESTANDA EVICTIONE

CONTRA

COMMVNES ERRORES.

ARGVMENTVM.

I. Communis opinionis nulla vis contra leges. II. Communis opinio in hoc argumento. III. Euincere quid? Pactum remissorium euictionis præstandæ duplex, generale & speciale. IV. Argumenti vsus in eutione non minus quam in aliis contractibus onerosis. V. Vlpiani & Iuliani sententia discernitur in L. 11. §. 18. D. de act. emt. vend. VI. & VII. Notatur Ant. Fabri sententia, qui speciale de non præstanda euictione pactum impugnat. VIII. Sententiæ interpretum, pactum generale ex mente Iuliani explicantium, Mangilii, IX. Hertii, X. Nic.

Nic. Burgundi, XI. Ger. Noodtii, XII. Frantzkii, XIII. Donelli, XIV. Contraria ſententia iam a Duareno, Tuldeno, Henrico a Suerin, et Titio defenſa. XV. Vlpiani auctoris cit. L. diſſenſus a Iuliano euincitur 1.) ex verbis cit. L. XVI. 2.) ex indole pacti generalis remiſſorii, XVII. 3.) ex exemplo pacti de præſtanda euictione ad tempus adſtricta, XIIX. 4.) ex deciſione Vlpiani, oppoſita ſententiæ Iuliani, XIX. 5.) ex epicriſi Vlpiani de Iuliani ſententia XX. 6) ex ipſius Iuliani ſententia dubitanter et timide propoſita, XXI. et 7.) contradictoria. XXII. Qui rem alienam ſciens acquirit, euictionis nomine nihil repetit. XXIII. Conſenſus aliarum legum.

§. I.

Communium ſententiarum ſuperſtitioſa in foro aſſenſio.

Effatum ICti in *l. 39. D. de LL.* et notabile et decantatum eſt: *Quod non ratione introductum, ſed errore primum, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtineat.* Quo euidentior ſententia huius legis eſt; eo magis vtplurimum ab interpretibus negligitur, qui *communibus opinionibus* adeo ſe duci et capi patiuntur, vt magis id, quod ſuffragiis maioris partis pro veritate aſſumtum eſt, cæco impetu ſequi, quam veritati, euidentiſſimæ etiam, aſſenſum præbere ament, quod autoritas *communis ſententiæ* eos deterreat a ſedula indagatione errorum, eorumque ſuppreſſione. *Præconceptæ* in ſcholis *opiniones* plerisque in deliciis ſunt: his trahimur quotidie: dedecori nobis ducimus, inueteratos errores agnoſcere, deponere, ſententiamque mutare. Inprimis vero vbi e *ſcholis* ad *forum* tranſitus fit, late dominantes *opiniones communes* offendimus, vt veritatis

veritatis penitior perſcrutatio et oſtenſio ſcholis relicta, ab *vſu fori* autem aliena et remota eſſe credatur, in quo *iuri recepto* vnice inſiſtitur. Ius autem *receptum* eſſe aiunt, quod *vſu* approbatur, etiamſi error manifeſtus eum produxerit, qua doctrina nihil pernicioſius excogitari potuit. Næuum hunc eleganter notauit taxauitque HENNINGIVS RENNEMANNVS *membr. IV. diſp. 3. in append. p. 4. §. 24.* cenſuitque, IVSTINIANVM *duobus* tantum *cruribus* iurisprudentiam et illius ſtudioſos iudices inſiſtere voluiſſe, præcipiendo, vt non aliter iudicarent, quam LEGIBVS et MORIBVS proditum eſt. *pr. I. d. offic. iud.* Addit vero peropportune, præcedentia duo ſecula h. e. XV. et XVI, *mali cuiusdam & inauſpicati genii ſuggeſtu tertium ſubiecisse, bellum ſcilicet illud, ſi Diis placet, communis opinionis cruſculum, cui ſi iudex in iudicando non inſiſtat (etiamſi verior et æquior opponatur ratio) litem feciſſe ſuam (quo dicto nihil nec inſulſius nec abſurdius!) dici debeat. Quo cruſculo*, pergit, *duobus prioribus adiecto, hoc progreſſu temporis effectum eſt, vt iurisprudentia et cum hac iudices, qui ante bipedes in cœlum erecto et vultu et corpore ſtabant et gradiebantur, paulatim tripedes acti deformiter claudicare cœperint.* Sicuti vero præſtantiſſimi ICti in Gallia pariter et Germania, EODEM obſeruante, Herculeo labore hoc *monſtrum horrendum, informe, ingens, cui lumen ademtum*, oppugnarunt, et tandem ex ſcholis et curiis ſuis exterminarunt; ita id merito curæ cordique nobis eſſe debet, vt quacunque occaſione, memores effati, quod in *cit. l. 39.* proditum erroribusque oppoſitum eſt, veras legum ſententias eruamus, easque ad caſus propoſitos applicemus, quod omne ius *vſus*, non *ſpeculationis* gratia datum præſcriptumque ſit.

notata a RENNEMANNO.

Et ad præsens argumentum applicata.

§. II. Hoc vbi sedula mente peruoluo, satis mirari non possum, qui factum fuerit, vt interpretes, etiam acutissimi, circa *pactum de non præstanda euictione* in communem errorem inciderint, et vno fere ore et vnanimi assensu tradiderint, pacto hoc quidem præstationem eius, *quod interest*, remissum censeri, non vero *pretii refusionem*. Atque hanc sententiam iuxta IVLIANI doctrinam suam fecisse VLPIANVM *in l. 11. §. vlt. D. de act. emt. vend.* adeo firmiter persuasissimum habent, vt nequidem vllus dubitandi locus relictus fuerit. Quotquot euoluere licuit, omnes fere in eo sunt, vt persuasissimum habeant, hunc sensum VLPIANO attribuendum esse, qui tamen potius eundem respuit, et IVLIANI doctrinam deserendam esse iudicauit. Cum itaque iussu eorum, a quorum nutu pendeo, factum sit, vt specimine quodam academico, tentare in meum induxerim animum, quid valeant humeri, quid ferre recusent? non inopportunum et iniucundum esse credidi, vires ingenii mei in hoc argumento enucleando periclitari, et ex perspicuis rationibus probatum dare, nequidem, pacto hoc adiecto, *pretium* refundendum esse. Noui quidem, iam olim B. HERTIVM dissertationem *de pacto, ne euictio præstetur*, concinnasse, atque hoc thema explicuisse; ast nil nisi communes flosculos, vbiuis obuios, tradit, vt vix credere possim, eam in schola Hertiana natam productamque fuisse. Licebit ergo idem argumentum denuo sub incudem reuocare, et non, quid ab interpretibus dictum sit, intueri, sed quid dici debuerit.

Status controuersia.

§. III. Notum est, *euincere* nihil aliud denotare, quam *rem per sententiam iudicis a possessore, ex iusto titulo possidente, auocare iustiori eius petitione, qui eam vel ius in ea vindicat.* Quoniam vero possessor ex hac *euictione* detrimentum

tum insigne capit, si *titulo oneroso* eam acquisiuit, ad *indemnitatem* contra *autorem*, a quo rem acquisiuit, ipsi patet regressus, quippe qui illi ad praestandam euictionem obligatur, nisi haec obligatio *pacto speciali* fuerit remissa. Haec tritissima sunt, adeoque vel binis tangenda verbis fuerunt, vt circa statum controuersiae omne exulet dubium, qui in hoc consistit: *quid eo pacto remissum sit*, *si*, vt verba ex *l. 11. §. 18. de act. emt. vend.* huc traham, *aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine praestatum iri?* Liquet vero ex *cit. l.* pactum modis duobus concipi posse: α) generaliter et indefinite, si simpliciter dictum sit: Es soll dem Verkäuffer die Gewehrs-Leistung erlassen seyn: vel der Verkäuffer soll die Gewehr zu leisten, nicht schuldig seyn: vel β) specialiter et definite, vt venditor nummos etiam retineat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, sed ab eo euincatur: Es soll dem Verkäuffer die Gewehrs Leistung dergestalt gänzlich erlassen seyn, daß er auch wegen des empfangenen Kauff-Schillings nicht einsten in Anspruch genommen werden, sondern die gekauffte Wiese lediglich auf die Gefahr des Käuffers stehen soll. In hac conuentione mera latitare videtur *emtio spei*; interim de vtroque casu status controuersiæ, quem hic excutio, formandus, videndumque, quid hoc *pacto remissorio* actum, vtrum duntaxat *praestatio eius, quod interest*, an vero etiam *refusio pretii* remissa intelligatur. Notum enim est, pacto hoc non adiecto, *euictionis praestationem*, si ab omni stipulatione certae quantitatis, veluti duplæ, abstrahas, in duobus consistere: 1) in petitione *pretii soluti*, et 2) eius, quod praeterea emtoris *interest*, rem emtam haud esse euictam *l. 43. in fin. de act. emt. vend. l. 60. D. l. 9. 23. l. 29. C. de euict.* Perspicue PAVLVS in *l. 70. de euict.* id docet, et *euicta re*, ait, *ex emto actio non ad pretium duntaxat recipien-*

in quo duo casus occurrunt,

specialius illustrati.

Et ad praesens argumentum applicata.

§. II. Hoc vbi sedula mente peruoluo, satis mirari non possum, qui factum fuerit, vt interpretes, etiam acutissimi, circa *pactum de non praestanda euictione* in communem errorem inciderint, et vno fere ore et vnanimi assensu tradiderint, pacto hoc quidem praestationem eius, *quod interest*, remissum censeri, non vero *pretii refusionem*. Atque hanc sententiam iuxta IVLIANI doctrinam suam fecisse VLPIANVM *in l. 11. §. vlt. D. de act. emt. vend.* adeo firmiter persuasissimum habent, vt nequidem vllus dubitandi locus relictus fuerit. Quotquot euoluere licuit, omnes fere in eo sunt, vt persuasissimum habeant, hunc sensum VLPIANO attribuendum esse, qui tamen potius eundem respuit, et IVLIANI doctrinam deferendam esse iudicauit. Cum itaque iussu eorum, a quorum nutu pendeo, factum sit, vt specimine quodam academico, tentare in meum induxerim animum, quid valeant humeri, quid ferre recusent? non inopportunum et iniucundum esse credidi, vires ingenii mei in hoc argumento enucleando periclitari, et ex perspicuis rationibus probatum dare, nequidem, pacto hoc adiecto, *pretium* refundendum esse. Noui quidem, iam olim B. HERTIVM dissertationem *de pacto, ne euictio praestetur*, concinnasse, atque hoc thema explicuisse; ast nil nisi communes flosculos, vbiuis obuios, tradit, vt vix credere possim, eam in schola Hertiana natam productamque fuisse. Licebit ergo idem argumentum denuo sub incudem reuocare, et non, quid ab interpretibus dictum sit, intueri, sed quid dici debuerit.

Status controuersiae.

§. III. Notum est, *euincere* nihil aliud denotare, quam *rem per sententiam iudicis a possessore, ex iusto titulo possidente, auocare iustiori eius petitione, qui eam vel ius in ea vindicat.* Quoniam vero possessor ex hac *euictione* detrimentum

ſum inſigne capit, ſi *titulo oneroſo* eam acquiſiuit, ad *indemnitatem* contra *autorem*, a quo rem acquiſiuit, ipſi patet regreſſus, quippe qui illi ad praeſtandam euictionem obligatur, niſi haec obligatio *pacto ſpeciali* fuerit remiſſa. Haec tritiſſima ſunt, adeoque vel binis tangenda verbis fuerunt, vt circa ſtatum controuerſiae omne exulet dubium, qui in hoc conſiſtit: *quid eo pacto remiſſum ſit, ſi*, vt verba ex *l. 11. §. 18. de act. emt. vend.* huc traham, *aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præſtatum iri?* Liquet vero ex *cit. l.* pactum modis duobus concipi poſſe: *α*) generaliter et indefinite, ſi ſimpliciter dictum ſit: Es ſoll dem Verkäuffer die Gewehrs-Leiſtung erlaſſen ſeyn: vel der Verkäuffer ſoll die Gewehr zu leiſten, nicht ſchuldig ſeyn: vel *β*) ſpecialiter et definite, vt venditor nummos etiam retineat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, ſed ab eo euincatur: Es ſoll dem Verkäuffer die Gewehrs Leiſtung dergeſtalt gäntzlich erlaſſen ſeyn, daß er auch wegen des empfangenen Kauff-Schillings nicht einſten in Anſpruch genommen werden, ſondern die gekauffte Wieſe lediglich auf die Gefahr des Käuffers ſtehen ſoll. In hac conuentione mera latitare videtur *emtio ſpei;* interim de vtroque caſu ſtatus controuerſiæ, quem hic excutio, formandus, videndumque, quid hoc *pacto remiſſorio* actum, vtrum duntaxat *praeſtatio eius, quod intereſt*, an vero etiam *refuſio pretii* remiſſa intelligatur. Notum enim eſt, pacto hoc non adiecto, *euictionis praeſtationem*, ſi ab omni ſtipulatione certae quantitatis, veluti duplæ, abſtrahas, in duobus conſiſtere: 1) in petitione *pretii ſoluti*, et 2) eius, quod praeterea emtoris *intereſt*, rem emtam haud eſſe euictam *l. 43. in fin. de act. emt. vend. l. 60. D. l. 9. 23. l. 29. C. de euict.* Perſpicue PAVLVS in *l. 70. de euict.* id docet, et *euicta re*, ait, *ex emto actio non ad pretium duntaxat recipien-*

in quo duo caſus occurrunt,

ſpecialius illuſtrati.

 cipien-

cipiendum, sed ad id, quod intereſt, competit, ergo etſi minor eſſe cœpit, damnum emtoris erit. Illud, quod *intereſt*, plenam et omnimodam deſignat *indemnitatem*, emtori merito eo nomine, quod res ſit euicta, faciendam, et ita neceſſario comprehendit omne *lucrum ceſſans* et *damnum emergens.* h. e. *α) ſumtus litis*, quos emtor ob litem de proprietate inſtitutam fecit, vtpote quos neceſſario facere debuit, quod alioquin, absque lite plene peracta, ad euictionis præſtationem agere non potuiſſet: *l. 102. de verb. obl. β) perſecutionem eorum*, quae in rem emtam ab emtore, vt melior fieret, *erogata ſunt*, quæque reus a vindicante ſeruare non potuit; *l. 1. C. de euict.* neque enim etiam b. f. poſſeſſor omnes ſumtus *vtiles* indiſtincte recipit ab euincente, ſed habita ratione et euincentis et ſumtuum: *L. 38. L. 48. de R. V. γ) vſuras* poſt euictionem realem intuitu pretii præſtandas: *l. 18. D. de euict. δ) acceſſiones*, quarum diſpendium fecit: *l. 8. l. 16. pr. de euict. ε) lucrum*, quod facta euictione amiſit, atque in re ipſa radicatum fuit, vtpote ſi pretium rei euictæ interim inſigne incrementum cepit, vt emtor, ea non euicta, illam longe pluris, quam emerat, vendere potuiſſet. *l. 33. in f. loc.* Ponamus, fundum eſſe euictum, pro 20000 thaleris comparatum, præſtatio euictionis ad hæc reducenda capita:

1) ad ipſum *pretium* - - -	20000 thal.
2) *vſuras* a tempore euictionis per quinquennium, quo actio emti durauit, præſtandas - - - -	5000 thal.
3) *pretii* augmentum, quod interim creuit - - - - -	6000

4) ex-

4) *expensas litis*	- - - -	280
5) *sumtus vtiles*, quos amisit	- -	1500
		32780 thal.

In dato exemplo itaque, si remissa fuisset praestatio euictionis, huc redit quaestio: vtrum tantum *praestatio eius quod interest*, quod in casu adlato ad 12780 thaleros ascendit, saluo pretio, remissa censeri debeat, an vero etiam ipsa refusio pretii *20000 thalerorum*?

§. IV. Quamuis in *cit. l. 11. §. 18. D. de act. emt. vend.* tantum *emtionis venditionis* mentio facta sit, status controversiae tamen de omnibus aliis negotiis intelligi debet, in quibus praestanda est euictio. Quamquam enim in illis nullum determinatum fuerit pretium, id tamen sine dubio ei, cui res euicta est, debetur, vtpote in cuius refusione primario *indemnitas* praestanda est. Atque hoc ipsum per peritos rerum aestimatores determinandum non secundum tempus, quo res in eum ab autore est translata, sed secundum tempus euictionis, adeoque etiam continet incrementum aucti pretii, *l. 70. D. de euict.* cum omni eo, quod praeterea eius interest. Sic itaque 1) eius ratio habenda in *diuisione*, in qua, quod finem pretii, quo fuerat fundus tempore divisionis, aestimatus, excedit, etiam venit: *l. 66. in f. de euict.* 2) in *permutatione*, *l. 1. §. 1. D. de rer. permut. l. 5. §. 2. dep.* quae proxime ad emtionem accedit, *l. 2. de rer. permut.* et sic itidem ea euicta tum ad pretium eiusdem, tum ad id, quod interest, agitur: *l. 29. C. de euict.* 3) in *datione in solutum*: *l. 4. de euict.* 4) in *adiudicatione* iudiciali: *l. 25. §. 21. famil. herc. l. 10. §. f. comm. diuid.* 5) in *infeudatione* seu feudi collatione: *2. f. 8. et 25.* 6) in *dotis datione* iuxta discrimen,

Argumenti vsus in omnibus negotiis, in quibus euictio praestanda.

men, quod traditur in *l. 1. C. de iur. dot.* 7) in *transactione*, vel in genere in contractu innominato *do vt facias* vel *facio vt des l. 5. §. 2. de praescr. V. l. 7. §. 2. de euict.* cum similibus.

Decisio causae in l. 11. §. 18. D. de act. emt. vend. fundata.

§. V. Decisionem huius argumenti in vtraque specie §. *III.* adducta, suppeditat VLPIANVS in *l. 11. §. 18. D. de act. emt. vend.* cuius veram mentem eruere et illustrare animus est. Quocirca e re esse duxi, ante omnia verba eiusdem integra referre:

Qui habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare? et multum interesse arbitror, vtrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes? nam si per se, non videtur praestare, ne alius euincat. Proinde si euicta res erit, siue stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, siue non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed IVLIANVS lib. XV. Digestorum scribit: *etiamsi aperte venditor pronunciet, per se heredemque suum non fieri*, quo minus habere liceat, *posse, defendi, ex emto eum quidem in hoc non teneri, quod emtoris interest, verum, vt pretium reddat, teneri.* Ibidem ait, *idem dicendum esse, etsi aperte in venditione comprehendatur*, nihil euictionis nomine praestatum iri, *pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emtor rem amitteret et venditor pretium retineret: nisi forte* (inquit) *sic quis OMNES ISTAS SVPRA SCRIPTAS CONVENTIONES recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat quamuis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum*

ctum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, aut panthera ab aucupe; nam etiamſi nihil capit, nihilominus emtor pretium præſtare neceſſe habebit. Sed in ſupra ſcriptis conuentionibus contra erit dicendum, niſi forte ſciens alienum vendidit; tunc enim ſecundum ſupra a nobis relatam Iuliani ſententiam dicendum eſt, ex emto eum teneri, quia dolo facit.

In hac lege ſententia et IVLIANI et VLPIANI refertur, adeoque, vt hanc eo rectius diſtinguere poſſimus, diuerſis typis IVLIANI opinionem ab VLPIANI deciſione conſcribendam curaui. Hoc ſi editores in hoc et aliis textibus accuratius obſeruaſſent, in tot laqueos non incidiſſent interpretes. Planum enim atque perſpicuum ex ipſo textu et eius connexione atque ſerie eſt, verba hæc: *neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, eſſe* IVLIANI, non VLPIANI, qui ſimpliciter IVLIANI ſententiam refert, eiusque *rationem decidendi* neceſſario adducere debuit.

§. VI. Sed recenſenda ante omnia erit interpretum plerorumque ſententia, vt deinceps, in quo erratum fuerit, eo rectius intelligi queat. In altera ſpecie, ſi *definite* et *ſpeciatim* in pacto actum, vt nequidem pretium, re euicta, refundi debeat, omnes fere ad vnum conſentiunt docentque, nequidem *pretium* refundendum eſſe. Diuortium tamen ab omnibus interpretibus fecit ANTONIVS FABER *in rational. ad cit. l. 11. §. 18. de act. emt. vend.* atque in hanc iuit ſententiam, nulla conuentione effici poſſe, vt emtor *pretium* et *mercem* amittat, quod bonæ fidei contractus ex mente IVLIANI hanc legem non patiatur. Hoc ipſo tangit caſum alterum, in quo *ſpeciatim* etiam intuitu *pretii* remiſſa eſt euictio,

Ant. Fabri ſententia in caſu, ſi ſpeciatim actum, vt pretium non refundatur.

 victio,

victio, atque interpretes de eo communiter intelligunt verba finalia IVLIANI, *nisi forte* &c. quae indicant, hoc modo *emtionem spei* reuera contractam fuisse. Enimuero ANTONIO FABRO stat diuersa sententia, censetque, nequidem in hoc casu *exceptionem* fecisse IVLIANVM, sed indistincte censuisse, pretium refundendum esse, nec pactum tale valere, ex ratione adiecta, *quod bona fides non patiatur hanc conuentionem valere, per quam fiat, vt emtor rem amittat, et pretium venditor retineat.* Addit ea demum pacta valere, quæ contra *bonam fidem* non sunt, cui pactum adductum e diametro repugnare videtur. Inde porro infert: *Ergo dicendum est, etiamsi aperte in venditione comprehensum sit, nihil euictionis nomine præstitum iri*, i. e. *nec pretium quidem; nihilominus dicendum erit, re euicta, pretium deberi, quamvis vtilitas* i. e. *id quod interest, vltra pretium non debeatur. Quod enim textus ait,* APERTE, *non ad generalem conuentionem* (de qua in primo casu actum) *referendum est, vt male* AZO *credit, sed ad specialem* (seu alterum §. III. relatum.) *Nec enim vnquam generalia tam aperta sunt, quam specialia; sed vtplurimum sua generalitate sunt obscura.*

Sed ostenditur, Iulianum de pacto generali loqui.

§. VII. Ita quidem FABER censuit, sed admodum lapsus est, nec IVLIANVM recte explicuit. Diserte loquitur IVLIANVS de pacto generali et indefinito: *nihil euictionis nomine præstitum iri:* de *refusione pretii* nihil additur, adeoque ICtus hoc pactum nude *interpretatur*, censetque, id *ex æquo et bono* ita in dubio accipiendum esse, ne emtor mercem et pretium simul amittat. Enimuero FABER plane peruertit *statum controuersiæ*, IVLIANOque affingit sententiam, cum eius decisione pugnantem. De sola *interpretatione pacti indefiniti et generalis* differebat IVLIANVS, non vero quæstionem

einsque interpretatione.

ſtionem mouebat: vtrum valeret pactum, *de non præſtanda euictione nequidem refuſo pretio?* Nec enim vllo conſtat indicio, de *validitate huius pacti* diſceptatum fuiſſe, quippe quod IVLIANVS in dubium non vocat in verbis finalibus: *niſi quod* h. e. ſi id actum præterea probabiliter fuerit, vt nequidem pretium refundatur, ſed ſimpliciter res vendita emtoris periculo ſit, qualis conuentio nec *iniqua* eſt, nec a *iure reprobata.* Non *poſterius*, quod alioquin omnis *emtio ſpei* eliminanda foret, quam adſtruit IVLIANVS in *cit. l. 11. §. 18. l. 12. pr. de act. emt. vend. l. 8. de contrah. emt. vend.* non *prius*, quia in *emtione ſpei* id actum cenſetur, nemoque impeditur periculum in ſe ſuſcipere, præſertim, ſi, quod fieri ſolet, pretio viliori ſoluto hæc ſuſceptio periculi compenſata eſt. *l. 5. D. de naut. fœnor.* Quocirca quoque POMPONIVS *in l. 8. D. de contrah. emt. vend.* agnoſcit, omnem euictionis præſtationem exulare *in emtione ſpei.* Ait enim: *Cum iaptus miſſilium &c. emitur, emtio contrahitur, etiamſi nihil inciderit, quia emtio ſpei eſt, et quod miſſilium nomine eo caſu captum eſt, ſi euictum fuerit, nulla eo nomine obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.* Quidni ergo in pacto *de non præſtanda euictione* id *agi* quoque expreſſe poſſit, vt res quaſi alea cenſeatur emta, et nequidem *pretii repetitio* ſuperſit. Tale pactum admittit IAVOLENVS in *l. 10. D. de hered. vel act. vend.* in hereditate vendita: *Quodſi*, ait, *in venditione hereditatis id actum eſt*, ſi quid iuris eſſet venditoris, venire nec quicquam poſtea præſtitum iri, *quamuis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil eo nomine præſtabitur*, et ſic nequidem pretium refunditur, *quia id actum eſſe manifeſtum eſt, vt, quemadmodum emolumentum negotiationis, ita et periculum ad emtorem pertineret.* Hoc etiam VLPIANVS in *l. 11. eod.* admittit, et CAIVS in *l. 12. eod.* declarat

cenſetque in emtione ſpei nequidem pretium repeti.

rat ſimili ratione, quam VLPIANVS in *cit. l. 11. §. 18. in f.* ſecutus eſt: *niſi ſciens, ad ſe non pertinere, ita vendiderit; nam tunc ex dolo tenebitur.* Manifeſtum ex his redditur, tale pactum non eſſe iniquum, nec a iure improbari, *l. 1. C. de pact.* quod nec ratio a IVLIANO adducta euincit, quæ duntaxat decernit, quo ſenſu accipi debeat *pactum generale* et *indefinitum*, quod ipſe adduxerat: *nihil euictionis nomine præſtitum iri.* Hoc quidem *aperte* diſertisque verbis *in venditione comprehendi* poterat, non tamen iuſtam interpretationem ſubterfugiebat, ſed ex *bona fide* h. e. *ex æquitate naturali declarandum* erat, cum conſtet *bonæ fidei* conceptum illam deſignare. *l. 31. D. depoſ. l. 24. in f. eod. l. 57. de R. I. l. 7. §. f. de reſcind. vendit.* Inde vero minime colligendum, pactum, quo etiam *expreſſe* vel *tacite refuſio pretii* excepta eſt, eſſe contra *bonam fidem*, quæ hic non *dolo* opponitur, (alioquin enim inefficax foret) ſed *ſtricto iuri*, cui tamen quilibet contrahentium ſe *ſcienter* ſubiicere poteſt, prout in pacto adducto contingit. Denique ſophiſma apertum prodit ANTONIVS FABER *ad cit. l. 11.* allegando in verbis vltimis *cit. l. 11. ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus* &c. IVLIANVM *reſpondere obiectioni ab emtione ſpei deſumtæ.* Etenim (1) certum quidem eſt, IVLIANVM in verbis: *niſi forte &c.* declarationem adduxiſſe; ſimul tamen planum eſt, eam non fuiſſe remotam, ſed IVLIANVM crediidiſſe, pro re nata talem conventionem vim *emtionis ſpei* habere poſſe, et ita nec pretium deberi, ſi vel maxime id ne quidem ſpeciatim actum eſt. (2) Falſum præterea eſt, verba, *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus*, eſſe IVLIANI, quæ potius deciſionem VLPIANI continent, quod ſequentia manifeſte produnt: *ſed in ſupra ſcriptis conuentionibus contra erit dicendum, niſi forte ſciens alienum vendiderit; tunc enim* SECVNDVM SVPRA A NOBIS RELATAM

Sophiſmata Fabri.

LATAM IVLIANI SENTENTIAM *dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit.* Iam vero VLPIANVS retulerat *sententiam* IVLIANI, et ad illam se refert; quis autem, quando suæ obiectioni respondet, ita vnquam loquitur, vt de se tanquam *tertia persona* loquatur, præsertim cum VLPIANVS diserte asserat, *a se* hanc sententiam relatam fuisse. (3) Falsum est, verba hæc: *in supra scriptis conuentionibus*, trahenda esse ad immediate præcedentem versiculum: *nisi forte:* et VLPIANVM indicare, has conuentiones de *iactu retis* similesque non posse comparari cum conuentionum speciebus, antea a IVLIANO adlatis, quod in illis *certum sit id, quod venditur et emitur, ideoque rei certæ certum pretium dicatur. Ast cum iactus retis emitur aut indago, aut panthera, incertum sit, quod emitur, nec fere aliud quicquam nisi spes futuri euentus.* Nam etiam circa *rem certam* v. c. Caii hereditatem, potest emtio spei contrahi, vt docet *l. 8. de hered. vend.* paulo ante adlata, si nimirum circa *rem certam* occurrit *incertitudo iuris* vel *dominii*, vtpote si quis fundum certum certisque limitibus circumscriptum vendiderit sub hac formula in *cit. l. 8.* designata: *si quid mihi iuris esset*, addito pacto *de non præstanda euictione nequidem intuitu pretii*, nemo sanus dubitabit, *incertum* esse venditum, licet *certa res* in venditionem fuerit deducta. Non tam ieiuni et inepti VLPIANVS et IVLIANVS fuerunt, vt arbitrarentur, conuentiones *de iactu retis* esse dissimiles ab illis conuentionibus, in quibus mera *emtio spei* contracta, et sic id actum, vt in *casu euictionis* nequidem supersit actio venditi ad pretium repetendum, quia tunc ob *incertitudinem iuris*, circa rem venditam occurrentem, dubius litis euentus in contractum deductus est. Concludo itaque, valere *pactum spei*, vt, euictione facta, nequidem ad pretium repetendum emtori supersit actio, quin potius

pretio non soluto, is obligetur ad illud soluendum, nisi forsan venditor in dolo fuerit.

In pacto generali plerique interpretes Iulianum sequuntur.

§. VIII. Sicuti vero quoad pactum *speciale* et *definitum* facile omnes interpretes, quos frustra oppugnauit ANTONIVS FABER, mecum conspirant; ita pariter plerique circa *pactum generale* et *indefinitum* in castris IVLIANI militant, et ex eius doctrina decisionem petunt, concluduntque, tali pacto tantum remissam esse petitionem eius, *quod interest; pretium* autem nihilominus repeti posse. Hanc sententiam vt indubiam et in iure decisam suam facit IO. ANTON. MANGILIVS *de euict. qu. 63.* pro more suo *ampliationibus* et *limitationibus* permultis eandem exornans, quae insigne chaos constituunt, atque semet inuicem destruunt, quod non *rationibus*, quas prorsus negligit, sed *opinionibus Dd.* certandum esse crediderit. Etenim *pretium refundendum* esse censet, α) si vel maxime venditor dixerit, *se de euictione nolle teneri aliquo modo, et a quocunque illa emanauerit*, vel β) si dixerit, *se nolle teneri nisi pro se et heredibus;* vel γ) se euictionem non praestiturum *quibuscunque casibus &c.* Fallere tamen censet hanc conclusionem, 1) si venditor fuit in mala fide, quod tunc etiam *interesse* peti queat, ex mente *l. 11. §. 18. in f. de act. emt. vend.* 2) Si venditor vel illius heres *pro iure suo* rem vindicauerint, non excipiente reo, qui eum potuisset repellere exceptione *rei venditae* et *traditae*, atque hoc casu etiam *totum interesse* peti posse credit. 3) Si pactum fuit limitatum ad certum casum, h. e. si *certum casum* tantum expressit, vltra quem se de euictione tenere nolle cauit, *l. 69. pr. de euict.* quod tunc venditor etiam a *pretii refusione* liberetur, cum tamen aeque verba huius *pacti remissorii* sint *generalia* et *indefinita.* 4) Si pactum in diuisionibus de non prae-

vt 1) Mangilius.

varias tamen exceptiones cumulans.

præstanda euictione sit reciprocum per *l. 14. C. famil. hercisc.* vbi additur: *si nihil super euictione rerum singulis adiudicatarum specialiter inter vos conuenit i. e. vt vnusquisque rei euentum suscipiat;* hoc enim si *expresse* conuentum fuit, nequidem ad pretii petitionem datur actio, quod per *modum spei* diuisio facta. Hic rursus adest casus *certarum rerum*, circa quas tamen *pactum spei* recte initur contra FABRI sophismata. 5) Si tradita sunt instrumenta *cum protestatione*, *quod teneatur pro dato et facto suo tantum*, *et non aliter nec alio modo.* Sed hæc limitatio aperte pugnat cum limitatione secunda. 6) Si dictum fuerit, *quod re euicta ad nihilum teneri velit.* Sed hæc limitatio pugnat cum *doctrina* IVLIANI, ex qua tamen MANGILIVS vna cum communi interpretum schola decisionem principalem petiit, adeoque eidem contradicere haud debuit. 7) Si dixerit venditor, se *nullo modo* euictionis nomine in nexu mansurum. Verum hæc *putatiua limitatio* pugnat cum *ampliatione prima*. Denique 8) si expresse pactum fiat, *ne venditor teneatur ad pretii restitutionem*, in qua limitatione omnes merito abeunt ab ANTONII FABRI male cohærente doctrina, qua tamen occasione obseruat MANGILIVS *cit. l. n. 20.* non defuisse, qui iam olim docuerunt, tale pactum haud valere. Plures adhuc intermiscet limitationes, a quarum recensione studio abstinui, quod vel *regulam* ab initio positam haud concernant, vel ab adductis non adeo distinguantur. Facile autem se laqueos, ab ALEXANDRO *lib. IV. consil. 235.* prorsus a *communi opinione* abeunte, et pretii etiam repetitionem ex *l. 68. D. de euict.* negante, positos effugere posse arbitratur, si constituimus, ICtum loqui de *creditore*, pignus vendente, qui etiam, deficiente omni pacto, ab omni *præstatione euictionis* immunis est, et ita multo minus pretium ab *emtore* peti nequit, si pactum adiectum, *et circa l. 68. de euict. sistebam.*

adiectum, *ne quid euictione secuta creditor praestet.* Nam etiam hanc sententiam IVLIANVS in *l. 11. §. 16. de action. emt. vend.* recepit, probauitque VLPIANVS, eum, qui iure creditoris pignora vendiderit, deinde haec euicta fuerint, non teneri ad pretium restituendum ex emto actione.

a) *Hertius.* §. IX. Hanc interpretationem communem non deserit HERTIVS *dissertatione de pacto ne praestetur euictio*, sed etiam variis rationibus incrustat. Ait, probabile non esse, emtorem donare voluisse, quod donatio non praesumatur, vbi non de hac, sed *de causa onerosa* agitur: pactum tale generale esse *ambiguum;* in obscuro autem illud, quod minimum est, sequendum esse, vt tantum id, *quod interest*, remissum censeatur, non repetitio *pretii:* repugnare *bonae fidei* ex mente IVLIANI, pretii et mercis iacturam facere: tale pactum ne quidem valere posse ex *mente ICtorum praecipuorum:* proinde regulam hanc, *de pretio nihilominus refundendo*, recipiendam esse, etiamsi *pactum* esset *generalissimum*, atque actionis omnis, quae euictionis nomine competere potest, exclusiuum: imo eandem decisionem locum habere, si vel maxime ambo contrahentes haud ignorauerint, rem venditam esse *alienam*, additumque pactum sit, ne euictio praestari debeat a venditore: contrarium haud colligendum esse ex *l. 27. C. de euict.* quod non loquatur de *pretio*, quam pro vendita dedit emtor, sed de *litis aestimatione*, quam domino vindicanti soluit: pariter *l. 7. C. commun. vtriusque iudic.* accipiendam ex mente IVLIANI de praestatione eius, quod interest, salua repetitione pretii iuxta decisionem IVSTINIANI in *l. f. in f. C. comm. de leg.* vbi disertis dicitur verbis: *emtor autem sciens rei grauamen* (qualitatem rei fideicommisso affectae) *aduersus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii,*

pretii, neque duplæ ſtipulatione neque melioratione locum habente: cum ſufficiat ei ſaltim pro pretio, quod ſciens dedit pro aliena re, ſibi ſatisfieri: eum, qui ſciens rem alienam vel fideicommiſſo affectam emit, *tacite* remittere euictionis præſtandæ neceſſitatem, et tamen per *cit. l. f.* refuſionem pretii ei integram eſſe, adeoque *expreſſam conuentionem* plus operari non poſſe, quam *tacitam*: hac de cauſa emtorem, lite de re mota, non obſtante tali pacto, litem venditori denunciare poſſe, vt aſſiſteret: denique ſuperciliosum admodum fore, ſi quis aſſerere vellet, IVLIANVM in applicatione iuris conſtituti lapſum fuiſſe. Hac aſſerta deciſione, *ſect. II.* HERTIVS limitationes octo regulæ addit, atque ex MANGILIO, CABALLINO aliisque reguſtat, quas referre nolo.

§. X. Pergo ad NICOLAVM BVRGVNDVM, ſublimioris philoſophiæ ICtum, qui tamen in *tr. de euict. c. 41.* a communi interpretatione non abit, ſed preſſo pede eam ſequitur. Præmittit optime, pactum *de non præſtanda euictione* nihil differre ab illa conuentione, quam etiam VLPIANVS cum IVLIANO in ſcenam producit, *qua quis de facto ſuo tantum promiſit euictionem.* Etenim prius pactum etiam virtualiter in ſe continet alterum, *per ſe heredemque ſuum non fieri, quo minus habere liceat.* Quocirca, ſi *venditor* vel heres eius vindicauerit rem venditam, exceptione repellitur, vel re euicta condemnandus erit in id, quod intereſt *l. 2. de except. rei vend. et trad. improbe enim rem a ſe diſtractam euincere conatur*, ſi vel maxime pactum *de non præſtanda euictione* acceſſerit, vtpote quod reſpectu *aliorum*, non reſpectu ipſius *venditoris*, intelligendum, qui ſuum factum præſtare debet. *l. 17. 73. de euict.* Tangit hanc obſeruationem VLPIANVS in *l. 11. §. 15. de act. emt. vend.* in caſu, quo quis ſeruum ea vendiderat *Nicolaus Burgundus.*

diderat conditione, *vt intra 30. dies duplam promitteret*, POSTEA NE QVID PRAESTARETVR: post 30. dies tantum præstare debet, *vt per ipsum et per heredem eius emtorem habere liceret*, adeoque si *alius* euincit, de *euictionis præstatione* prorsus cessat actio. His prælibatis, BVRGVNDVS *cit. l. n.* 2. ad pactum *de non præstanda euictione* explicandum se accingit, et ex *l. 11. §. 18. cit.* concludit, eo *repetitionem pretii* haud excludi, quod b. f. contractus talem interpretationem non patiatur, vt emtor et *rem* et *pretium* amittat. Addit *n. 4. sunt, qui existimant, si dictum sit, vt secuta euictione* AD NIHIL TENEATVR *venditor, repetitionem pretii exclusam esse.* SVRDVS *conf. 36. n. 22. Sed mihi videntur errare. Nam hæc verba:* nihil præstitum iri, *ex Iuliani sententia non excludunt pretii condictionem d. l. 11. §. 18. de act. emt. et vend. Quid ergo interest, vtrum quis dicat: secuta euictione ad nihil volo teneri, an: nihil volo præstare? ego certe non video.* Recte ita rationes subducit BVRGVNDVS ex IVLIANI *sententia*; verum vtrum etiam, ex VLPIANI mente, qui auctor *cit. l. 11. §. 18.* est, idem in vtroque casu asserendum sit, paulo post inquirendum erit.

4) *Noodtius.* §. XI. Miratus sum, nec acutissimum GERARDVM NOODTIVM *in comm. ad tit. de euict.* rem acu tetigisse, sed, licet aliquam *obscuritatem* in *cit. l.* se deprehendisse fateatur, existimasse, VLPIANVM IVLIANI sententiam recepisse, a qua tamen, me iudice, in *verbis finalibus* recedit. Hoc euidens est, IVLIANI sententiam primam carere obscuritate, nec lumine aliquo indigere, adeoque si secutus est VLPIANVS doctrinam IVLIANI, res plana, perspicua et ab omni dubitatione remota est, vt mirer, hac assumta hypothesi, quod VLPIANVS secutus fuerit IVLIANVM, constituisse NOODTIVM, VLPIA-

PIANVM eam quæſtionem *obſcurius* tractaſſe. Forſan obſcuritatem deprehendit in verbis vltimis: *niſi forte.* ceu hiſce declarat: *Aliquis dicat (hanc obiectionem ipſe ſibi fecit Iulianus et ex eo Vlpianus) tali conuentione agi, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat: velut fit, cum iactum retis a piſcatore emimus, aut indaginem plagis poſitis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etſi nihil capitur, nihilominus emtor, pretium præſtare neceſſum habet. Sed ea obiectio Vlpiano diſplicet: exiſtimanti, a diuerſis non recte fieri illationem, ideoque in ſupra dictis conuentionibus contra dicendum eſſe, ceſſare præſtationem vtilitatis, i. e. eius, quod intereſt, pretii non ceſſare. Si tamen ſciens alienum vendidit, tunc placet Vlpiano ſecundum relatam Iuliani ſententiam, eum, quia dolo malo facit, ex emto teneri ad id, quod intereſt.* Palam eſt, præſtantiſſimum virum conſtituiſſe, in verbis: *niſi forte*, adeſſe obiectionem, quod hoc ſenſu admitti poteſt, quem ſupra iam ipſemet admiſi, vt inde liqueat, nequidem IVLIANVM ſententiæ antea a ſe allatæ firmiter inhæſiſſe, ſed credidiſſe, probabiliter iſtas conuentiones ita etiam recipi poſſe, vt *iactus retis* venditus videatur, quo caſu ex interpretatione communi ad pretium repetendum denegatur actio, maxime ſi præterea dictum ſit: *Si quid mihi iuris in re vendita competierit.* Magis ergo hæc verba docent, IVLIANVM in hac deciſione ceſpitaſſe, nec in totum a contraria ſententia alienum fuiſſe. Deinde mirandum eſt, NOODTIVM non obſeruaſſe, ICtum in caſu, *ſi venditor ſciens alienum vendidit*, ſecundum relatam IVLIANI ſententiam tantum dediſſe actionem ad *pretium* repetendum, non etiam ad petendum id, quod intereſt, eam extendiſſe, cum IVLIANI ſententia antea ab VLPIANO relata huc redierit: *pretium quidem deberi, re euicta, vtilitatem non deberi.* Hæc

erat *supra relata Iuliani sententia*, quam duntaxat in casu *doli admissi* recepit VLPIANVS, et petitionem eius, *quod interest*, exclusit.

s) Franzkius. §. XII. Huic iungo subtilissimum FRANZKIVM, qui in *comm. ad tit. de euict.* argumentum de *euictionis praestatione* accuratius inter omnes ab omnibus scopulis liberasse videtur. Verum *n. 262. sqq.* nihil solidi de praesenti themate adfert, sed se maiori parti ICtorum iungit. Idem argumentum paulo plenius *ad tit. de act. emt. vend. n. 298. sqq.* sub incudem reuocat, et rationem, quae tamen IVLIANI est, assignat VLPIANO, quod *exuberantia bonae fidei non admittat in contractu hoc, vt venditor pretium retineat, et emtor re emta careat.* Ceterum grauiter sibi obstare *l. 69. pr. de euict.* animaduertit, vbi venditor, qui *casum libertatis* in venditione serui excepit, seruo postea libero effecto forsan ex testamento, ab euictionis praestatione absoluitur. Etenim censet FRANZKIVS, vel verba haec: *non tenebitur euictionis nomine*, non excludere *repetitionem pretii:* vel venditorem in *cit. l. 69.* ideo non teneri, quia aperte praedixit, *illi seruo sub certa conditione in testamento datam fuisse libertatem*, et ita emtor huius conditionis et incerti euentus non fuit ignarus. Sed vtrumque erroneum est. Etenim ICtus *in genere* format casum de eo, qui seruum vendidit, et *libertatis causam* ab euictionis praestatione excepit, nulla speciali certioratione adiecta, quod indicat SCAEVOLA *cit. l.* adiiciendo haec verba: *siue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit: siue in conditione, quae testamento proposita* vel apposita *fuerit, impleta ad libertatem peruenerit.* Haec indicant, euictionis praestationem cessare, *quocunque modo* liber factus fuerit, adeoque corruit id, quod supposuit FRANZKIVS in decisione posteriori.

ſteriori. Neque vero recipiendum eſt, quod in priori cenſuit, cum verba: *non tenebitur euictionis nomine*, hanc non admittant interpretationem, vt nihilominus *pretium* repeti poſſit, quippe quod non aliter quam *euictionis* nomine repeti poteſt. Contradictionem autem apertam inuoluunt, venditorem *plane non teneri euictionis nomine, et eum euictionis nomine teneri ad refuſionem pretii.*

§. XIII. Etiam DONELLVS *lib. XIII. c. 2. in f.* prorſus cum his, quos recenſui, facit, hac vſus ratione, *quod in generali oratione ſemper excipiatur, quod eſt iniquius, et naturæ contractus minus conueniat.* Nec hanc ſententiam verbis vltimis *cit. l. 11. §. 18.* corrigi exiſtimauit, quem in finem prouocauit ad commentarios ſuos *de euiction.* et *de ædilit. edict.* qui tamen vix hanc materiam tangunt. Sed etiam HENRICVS ZOESIVS *ad tit. de euict. n. 17. in f.* ſine vlla hæſitatione recepit ſententiam IVLIANI, eamque *deciſiuam* eſſe iudicauit. PEREZIVS quoque *ad tit. C. de euict. n. 22.* non obſtante tali pactione, ſe non dubitare ait, venditorem, re euicta, poſſe ad hoc conueniri, vt pretium reſtituat. Verum tædet plures referre, cum pauciores in contrariam ſententiam iuerint, de qua nunc agendum. 6) *Donellus.*

§. XIV. Videlicet quia ſupra §. V. vbi verba *legis cit. 11.* in ſua integritate retuli, ſententiam IVLIANI ab epicriſi VLPIANI, quæ *deciſiua* eſt, diuerſis exarandam curaui typis, vnice quæſtio huc redit: vtrum VLPIANVS ſententiam IVLIANI ſecutus, an vero ab eo receſſerit? Etenim hoc conclamatum eſt, *verba* IVLIANI eſſe tantum *relatiua*, adeoque per ſe ad deciſionem nihil facere, niſi ab VLPIANO, autore legis, in qua hæc quæſtio excutitur, approbata et aſſumta fuerint, quia verba VLPIANI demum *deciſiua* ſunt. Vnde

Contraria ſententia verior.

quia verba Vlpiani deci-

sita sunt, contrarium innuentia. Vnde ex his vnice decisio petenda, non ex illis, nisi ante *quæstio præiudicialis* fuerit confecta: vtrum VLPIANVS deseruerit IVLIANVM, an vero secutus fuerit? Prius iam olim suboluisse FRANCISCVM DVARRENVM ad *tit. de act. emt. vend. in f.* ex his eiusdem verbis liquet: *ex sententia Duarreni;* *Sed cum* SIMPLICITER *conuenit, vt venditor non teneatur de euictione, sic vulgo interpretantur, vt non teneatur ad id, quod interest, sed teneatur ad pretium. Hæc fuit sententia* IVLIANI, *quam vulgo sequuntur; sed* AB HAC SENTENTIA IVLIANI *recessum.* Obseruauit quoque idem DIODORVS TVLDENVS *comm. in lib. VIII. Cod. tit. 45. n. 8.* *Tuldeni;* et de *cit. l. 11.* sensu ita indicat: *Hæc tamen lex perplexa est, et recte inspecta distinguit. Nam postquam* VLPIANVS *recensuit disputationem* IVLIANI, *primo affirmantis, ad reddendum pretium nihilominus teneri venditorem; deinde ex aduerso ambigentis, an talis pactio non sit comparanda emtioni iactus retis? tandem concludit*, sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum; *contra sententiam scilicet* IVLIANI, *non etiam contra ambigentis exempla. Nam ad ea male referre Dd. verba ista* VLPIANI, *ostendunt hæc proxima:* nisi forte sciens alienum vendidit; tunc enim secundum supra a nobis relatam IVLIANI sententiam dicendum est, ex emto eum teneri. *Sed, vt dixi, communis opinio etiam ignorantem vult teneri nempe ad pretium, sicut scientem ad id, quod interest; solo Duarreno recte dissentiente*, quamuis hic paulo concisius dissensum suum edat, eumque haud explicet. Opus ergo fuit diffusiori legis illustratione. *Henrici a Suerin;* Hanc suscepit HENRICVS A SVERIN *in repetit. lect. iuris ciu. c. 43.* relatus *tom. IV. thes. iur. Rom. p. 88. sqq.* et præmissa sententia IVLIANI ex verbis eiusdem vltimis concludit: *ex quibus apparet, non penitus aut omnimodo sensisse Iulianum, veram esse primum a se positam sententiam, sed disputari ta-*

men

men non improbabiliter pro ea posse. Hoc etiam olim censuit TITIVS *obseru. 685. ad Lauterb.* adeoque verba IVLIANI fundamentum decisionis certum præstare nequeunt, tum quod mere ab VLPIANO referantur, vt passim eius mentem adducit; tum quod sine *epicrisi* eiusdem non dimittantur, atque in hac ipsius argumenti *decisio* quærenda sit, quæ nunc euoluenda. *Titii.*

§. XV. Decisio huius quæstionis ex solis verbis VLPIANI desumenda est, vtpote quæ demum *decisiua* sunt. Ex illis autem liquido apparet, discessisse VLPIANVM a IVLIANO, quod ostendunt verba vltima *cit. l. 11. §. 18. de act. emt. vend. sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum.* Hæc locutio ICtis familiaris fuit, quando dissensum declarare voluerunt, vt docet *l. 21. §. 1. ad L. aquil.* ibi: *licet Celsus contra scribat. l. 54. de condit. et demonstr.* ibi: *contra ego sentio l. 41. de vsurp. l. 79. de contrab. emt. vend.* ibi: *ego contra puto. l. 1. §. 2. de peric. et comm. rei vend.* ibi: *Labeo contra, quod et verum est. l. 100. §. 1. de leg. 3.* ibi: *Ofilius, Trebatius, contra l. 19. in f. de acquir. rer. dom. l. 22. §. 3. quod vi aut clam.* ibi: *Labeo contra etc.* Censet vero, *in supra scriptis conuentionibus* contra esse dicendum, quæ a IVLIANO antea allatæ erant, quarum prima hæc fuit: *si aperte venditor pronunciet, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat;* altera vero: *si aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstatum iri.* Priorem sub posteriori quoque comprehendi, iam *supra §. XI. ex l. 11. §. 15. eod.* ostendi atque declaraui, quod factum non proprium sed alienum exclusum videatur. Imo et posterior priorem indigitasse videtur, quoniam vbi res euincitur, emtorem *Revera Vlpianus a Iuliano dissentit.*

torem habere non licet. Quocirca in vtroque eandem decisionem formandam esse censet vterque; in qua IVLIANVS quidem *dubitanter* versatur, nec prorsus reprobat eorum sententiam, qui illas conuentiones de *emtionibus spei* acceperunt, vt ostendunt verba: *Nisi forte* &c. quæ non tam *rationem dubitandi* continent, quam *declarationem ICti*, pro re nata probabiliter vtramque conuentionem cum *iactu retis* comparari posse; VLPIANVS vero præcise et ἀφεπανῶς eam decisionem determinat. Ille enim censet, in priori specie POSSE DEFENDI, *ex emto venditorem in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, veruntamen, vt pretium reddat, teneri.* In altera specie *idem dicendum* esse arbitratur, *vt pretium quidem re euicta debeatur, vtilitas non debeatur.* Non negat tamen, posse etiam has conuentiones ita intelligi, vt magis *spes* quam *res* vendita censeatur, qua explicatione admissa, nequidem pretium peti possit. VLPIANVS *indistincte* contra in iis dicendum esse, arbitratur, et ita non aliter a IVLIANO diuortium facere potuit, quam asserendo, nequidem *pretium* hoc casu, re euicta, repeti posse, semperque id actum fuisset, credi oportere, *emtionem spei* in contractum deductam fuisse.

Declarat hoc 1) regula ab Vlpiano posita.

§. XVI. Hanc fuisse VLPIANI sententiam, et huc eius *verba decisiua* redire, multa suadent atque euincunt. Etenim (1) VLPIANVS *in cit. l. 11. §. 1. de act. emt. vend. ex lib. XXXII. ad edictum* desumta, loco fundamenti hanc generalem regulam præmittit, ex qua conclusiones plures seu casus varios deducit atque decidit. Ait: *In primis sciendum est, in hoc iudicio* (emti) *id demum deduci, quod præstare conuenit. Cum enim sit bonæ fidei iudicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes*

tes actum est: quod si nihil conuenit, tunc ea præstabuntur, quæ NATVRALITER *insunt huius iudicii potestate.* Ad duo ergo respiciendum in casibus emergentibus: *α) ad id, quod actum: β)* ad ea, *quæ naturaliter insunt.* Præstatio euictionis sine dubio ad *naturalia emtionis* spectat, quæ, licet omne pactum desit, præstanda, ita vt *pactum* de *præstanda euictione*, vtplurimum inter superfluas huius contractus clausulas referendum sit, exceptis quibusdam casibus, de quibus in compendio agit HERTIVS *diss. de pacto ne præstetur euictio in f.* Quia tamen *naturalia* mutari, et per pactum in totum remitti possunt, non dubium est, etiam euictionis præstationem *pacto* remiti posse, adeo, vt posthac ad eam agi, et *venditor* ad assistendum citari nequeat, cum ad assistendum haud sit obstrictus; nihil enim magis bonæ fidei congruit, quam id præstare, quod inter contrahentes hac de re actum est. Quodsi ergo id actum, *ne euictio præstetur*, quid æquius est, quam vt huic pacto stetur, et omnis actio euictionis nomine denegetur?

§. XVII. Ex hoc principio varias nectit conclusiones, et (II) de pacto circa venditionem serui inito, *vt intra certum tempus duplam promitteret, postea ne quid præstaretur*, ita decernit: vt, si emtor hoc fieri intra diem non desiderauit, ita demum venditor non teneatur, si ignorans alienum vendidit: *tunc enim in hoc fieri censet, vt per ipsum et per heredem eius emtorem habere liceret. Qui autem alienum sciens vendidit, dolo non caret, et ita emti iudicio tenebitur.* Si ergo venditor in bona fide est, elapso die præfinito, ad id tantum tenetur, ne *ipsemet* vel *heres eius* euincat: si *alius* euincit, non tenebitur, quia id actum est inter partes, et bonæ fidei congruit, id seruare, quod inter contrahentes actum est. Nequidem *repetitionem pretii* hoc casu admit-

2) Si ad certum tempus euictio præstanda, elapso eo, nihil debetur.

tit, quia duntaxat eum excipit casum, ne ipsemet venditor vel heres eius rem venditam euincat. Quodsi *pretii refusionem* quoque excipiendam esse censuisset, id sine dubio quoque expressisset. Hoc in casu quodam illustri, nuper admodum ordini ICtorum inclyto huius Academiæ proposito, obseruatum fuit, in quo hoc pactum adiectum erat: Daß S. Hochgräffl. Excell. nicht länger als 14. Tage gebunden seyn wollen, und nach 14. Tagen der Kauff durgehends bündig seyn solle. Quia enim post hoc tempus demum periculum euictionis imminebat, censuit, ne quidem pretium repeti posse, quod, eo restituto, venditio robur suum obtinere non potuisset, quod tamen cautum erat.

3) in cit. l. 11. §. 18. de act. emt. vend. doctrina Vlpiani decisiua est.

§. XIIX. Ex eodem principio (III.) decidit illam controuersiam in *cit. l. 11. §. 18.* de qua hic agitur, et cuius sententiam supra §. V. tradidi. Totus vero contextus ostendit, α) VLPIANVM suam sententiam præmittere his verbis: *multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se non fieri, quo minus habere liceat*, seu vt res euincatur; *an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius euincat.* Reuera ergo ex sententia VLPIANI euictionis nomine omnis deneganda actio, quod in sequentibus aperte prodit: *Proinde si euicta res erit, siue stipulatio interposita, ex stipulatu non tenebitur: siue non est interposita, ex emto non tenebitur.* Omnem denegat emtori actionem: etiam *ex emto*, et ita *pretium* ne quidem repeti posse censet, quod necessario *actione emti* alias repetendum fuisset. Hæc decisio ICti plana et perspicua est, comprehenditque eam quoque clausulam, si dictum sit, *euictionis nomine nihil præstitum iri*, quæ cum priori pacto coincidit, vt supra §. 10. ex mente BVRGVNDI obseruaui. Ideo vero VLPIA-

PIANVS in hanc iuit ſententiam, quia nihil magis bonæ fidei congruit, quam id ſeruare, quod inter contrahentes actum eſt. Si ad pretium petendum emtori concedenda actio, haud ſatisfieret conuentioni, qua omnis euictionis præſtatio remiſſa eſt, ſi ab alio quam venditore heredeue eius res euicta. Hac *deciſione* præmiſſa, VLPIANVS β) *rationem dubitandi* petit adducitque ex IVLIANI doctrina, eamque plene recenſet. In hoc fallacia quærenda, quod interpretes haud obſeruauerint, ea, quæ ex IVLIANO adferuntur, pro *ratione dubitandi* ab VLPIANO allata fuiſſe, quæ tamen in *deciſionem* haud influunt. In hoc etiam hodie non pauci peccant, dum ad conſenſum aliorum ICtorum prouocant, non tamen accurate attendunt, ſæpe, quæ pro *ratione decidendi* ex aliorum ſcriptis in ſuas partes trahunt, ab his pro *rationibus dubitandi* adlata fuiſſe, quæ tamen eorum aſſenſum non indicant, ſed potius contrarium euincunt. Reuera autem IVLIANI ſententiam fuiſſe *rationem dubitandi*, duo oſtendunt: 1) quod VLPIANVS contra dicendum eſſe arbitretur in antea adductis a IVLIANO conuentionibus, ſuæque deciſioni ab initio §. 28. *cit. l. 11.* adductæ ſimpliciter inſiſtat, arguendo, emtori omnem denegandam eſſe actionem ex emto: 2) quod IVLIANI ſententiam *ſecundum quid* tantum admittat in caſu, *ſi ſciens alienum vendidit venditor; tunc enim*, ait, *ſecundum ſupra a nobis relatam* IVLIANI *ſententiam dicendum eſt*, ex emto eum teneri, quia dolo facit. Quia vero IVLIANVS ex emto duntaxat agi cenſuit, vt *pretium* reddatur, non vt *vtilitas* præſtetur, palam eſt, ex mente VLPIANI in caſu remiſſæ quidem *euictionis præſtationis*, ſed admiſſi *doli* ex emto agi poſſe tantum ad *pretium* repetendum, non etiam ad id quod intereſt. Qui autem ſententiam

Iuliani doctrina vt ratio dubitandi adducta.

tiam cuiusdam ICti duntaxat *secundum quid* et in *determinato casu* probat, in reliquis reprobat, et ab ea diuortium facit. Hoc etiam optime obseruauit HENRICVS A SVERIN *in repetit. lect. iur. c. 43.* et ex verbis finalibus *cit. l. 11. tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit,* hoc modo rationes subducit: *Ex his omnino colligitur, in proxime praecedentibus contrarium dici, videlicet non Iuliani sequendam sententiam, nec dicendum esse, ex emto venditorem ad pretium teneri, uti ille voluerat.*

4) *Vlpianus epicrisin facit in sententiam Iuliani.*

§. XIX. Praeterea (IV) idem euincit epicrisis, post relatam IVLIANI sententiam ab VLPIANO subiecta: *sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum.* Verba haec sunt relatiua, et ad *supra scriptas conuentiones* sese referunt, adeoque α) vel intelligenda de immediate antecedentibus: *cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis, aut panthera ab aucupe* (prout legendum esse recte censet BVDAEVS ad *cit. l. 11. §. 18.* non *pantheram*) *Nam,* ait IVLIANVS, *etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necessum habebit:* vel β) de illis conuentionibus, quas ante haec verba adduxerat IVLIANVS h. e. de pacto, quo cautum, *per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat;* item, de hoc quoque: *nihil euictionis nomine praestatum iri.* De prioribus *conuentionibus*, quae apertam *emtionem spei* continent, quarumque sensum grammaticum optime enucleat GVILIELMVS BVDAEVS, non intelligendum esse VLPIANVM, vel inde constat, quod alioquin hic constituisset, in *emtione spei* pretium semper refundendum esse, quod insulsissimum est, et ab omni ICtorum doctrina et a recta ratione abit, *l. 8. de contrah. emt. vendit. l. 10. de hered.*

red. vel act. vend. imo ipsemet quoque VLPIANVS alibi hoc negat. *l. 11. de hered. vel act. vend.* Restat ergo, VLPIANVM contra dicendum esse iudicasse in posterioribus a me relatis speciebus, in quibus IVLIANVS censuerat, *pretium quidem deberi, vtilitatem non deberi.* Si ergo in his *contra* erit dicendum, statuendum est, ne quidem *pretium* in his casibus deberi, nisi venditor *in dolo* sit; hunc enim duntaxat IVLIANI sententiam de pretio restituendo admisit, vt verba vltima euidenter euincunt. Neque denique cum ANTONIO FABRO, cuius doctrinam supra §. *VII.* sub incudem reuocaui, asserendum est, VLPIANVM in contradictione sua tantum voluisse remouere dubium a IVLIANO allatum de *emtione spei*, eique contradicere atque ostendere, ab his speciebus, quae *apertam emtionem spei* referunt, non posse argumentum necti ad supra relatas conuentiones: etenim iam §. *VII.* hoc sophisma tetigi atque resolui, cui addendum, VLPIANVM neutiquam id agere, vt hoc argumentum ceu *dubium* remoueat, sed vt supra a se relatam IVLIANI sententiam reiiciat reprobetque, eamque duntaxat in hoc vnico casu recipiendam esse credat, *si forte venditor sciens alienum vendidit; tunc enim* h. e. eo solo casu, *secundum supra*, ait, *a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri.* Quodsi contradictionem suam retulisset ad retundendum argumentum IVLIANI a *iactu retis* pretium, mens eius haec fuisset, in supra dictis conuentionibus non esse *emtionem spei* nec *iactum retis* venditum, adeoque pretium semper exigi posse. Enimuero cum hac sententia non cohaeret limitatio ab VLPIANO adiecta: *nisi forte sciens alienum vendidit*, quia in hoc solo casu relatam IVLIANI sententiam de *pretio restituendo* recepit approbauitque. Superest ergo, vt asseramus, VLPIANVM deseruisse IVLIANI sententiam, et constituisse, in illis conuentionibus ab hoc relatis semper adesse *emtionem spei.*

§. XX.

ϛ) emtio spei in hoc pacto remissorio adest.

§. XX. Atque hoc (V) eo maiori cum fiducia facere potuit VLPIANVS, quod animaduerteret, IVLIANVM cespitare in sua decisione, nec certum quid constituere. Etenim supra iam aliquoties obseruaui, IVLIANVM ab initio *dubitatiue* asserere, POSSE DEFENDI, *ex emto quidem in hoc non teneri, quod emtoris interest, verumtamen vt pretium reddat, teneri.* Posse autem *probabiliter* hoc defendi, euincit ex ratione a se adducta, quæ *colorem æquitatis* sapit: *quod bonæ fidei contractus non patiatur conuentionem, vt emtor rem amitteret et venditor pretium retineret.* Parum autem fidit huic rationi coloratæ, et addit: *nisi forte sic quis omnes istas supra scriptas conuentiones recipiet, quemadmodum recipitur, vt venditor nummos accipiat, quamuis merx ad emtorem non pertineat; veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus.* Ita rationes subducere solent, qui formidine oppositi suæ non adeo confidunt sententiæ, et contrariam æque probabilem esse declarant. Non reprobat enim IVLIANVS hanc interpretationem supra dictarum conuentionum, quin potius ostendit, si vt *emtiones spei* recipi et defendi possunt, nequidem *pretium* deberi. Atqui hoc semper in pacto, *ne euictio præstetur*, agi credendum est, vt non *res* sed *spes* emta intelligatur, *incertum*que in contractum deductum, vt VLPIANVS in *l. 11. D. de hered. vel act. vend.* ait. Is enim, qui hoc sub *pacto remissorio* vendit, aperte et palam ostendit, se de iure non satis certum esse, adeoque pactum prædictum hoc modo, vt *l. 10. eod.* declarat, intelligendum esse: *si quid iuris venditoris esset venire, nec postea quicquam præstitum iri.* Qui de iure suo certus, vel ad minimum in ea persuasione est, se ius indubium habere, rationem nullam habet, declinandi præstationem euictionis. Ceterum si agitur de non *præstanda euictione*, emtor animad-

etiam ex mente Iuliani timide decisionem facientis

aduertit, venditorem rem *litigiosam* vel de qua lis imminet, vendere, seque *euentum litis dubium* comparare; hac de causa quoque venditor de pretio aliquid remittere tenetur, quo *litis futuræ periculum*, quod emtor reuera suscipit, compensetur. Quis enim tam stolidus insipidusque foret, vt *sine ratione*, et nulla pretii remissione facta, venditori *præstationem euictionis* remitteret, quæ vnice in hoc quærenda, quod non præcise *rem*, sed *meram spem* vendere velit, quo facto nequidem *pretium* refundendum.

§. XXI. Vlterius (VI) IVLIANI *decisio* anceps de *pretio refundendo*, non videbatur carere *contradictione aperta*. In pacto proposito hoc aperte comprehendebatur, NIHIL *euictionis nomine præstitum iri*, et sic emtori denegandam esse *omnem* actionem *ad præstandam euictionem*. Ast IVLIANVS defendi posse censebat, superesse ex emto actionem ad *pretium repetendum*, in quo *euictionis præstatio* latitabat; id quod cum *pacto adiecto* pugnabat, adeoque ab VLPIANO probari non poterat. Nec asseri potest cum HERTIO, in *§. XI.* relato, pacta remissoria esse *stricti iuris;* nihilominus enim ita sunt accipienda, vt *plenum effectum*, quem contrahentes intenderunt, habeant, quem non sortiuntur aliter, quam si emtori omnis denegatur actio ad *euictionem præstandam.* Id intenditur in hoc pacto, in quo id agitur, vt *nihil euictionis nomine præstandum sit; nihil* autem omnes species in *præstatione euictionis* latitantes, prorsus excludit. Denique *cerebrina æquitas* est, ad quam prouocat IVLIANVS, *quod bonæ fidei contractus non patiatur hanc conuentionem, vt emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret;* cum omnino ex *iusta* et *probabili causa* hanc patiatur conuentionem, vt vel *emtio spei* euidenter monstat. Quid? quod *æque*

6) Iuliani sententia contradictoria est.

aeque nihil magis aequitati naturali congruat, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod *principium aequitatis* recte VLPIANVS opponere poterat *fucatae aequitatis rationi*, a IVLIANO adlatae, quae mentem et intentionem pacti remissorii plane peruertit.

7) *Idem dicendum de tacito pacto remissorio, vt pretium non debeatur.*

§. XXII. Addo hoc, (VII) etiam in *tacito pacto remissorio* idem intelligi, vt nequidem ad pretium repetendum vlla supersit actio, veluti si emtor *sciens* alienam rem emit. Id euidenter DIOCLETIANVS et MAXIMINVS decernunt in *l. 27, C. de euict. si fundum sciens alienum vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit: quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem.* Pretium hoc casu ergo repeti nequit, quoniam scienter rem alienam emens vel comparans periculo euictionis *simpliciter* sese subiecisse videtur. Neque vero HERTII *cit. l. Sect. 1. §. 6.* responsio huic assertioni contradicit, quod imperatores de *litis aestimatione* non repetenda egerint, cum in hac *pretium* rei reuera consistat *l. 1. C. commun. vtr. iudic. l. 10. D. de iur. dot.* Pariter in *l. 7. C. commun. vtr. iudic.* eadem confirmatur sententia: *nam si fundi, scientes obligationem, dominium suscepistis, tantum euictionis promissionem solennitate verborum vel pacto promissam probantes, eos conueniendi facultatem habetis.* Tunc ergo demum euictionis nomine hoc casu agi et pretium repeti potest, si hoc *expresso pacto*, quod hic desideratur, actum est. Hoc praetermisso, nequidem ad pretium petendum vlla superest actio, vt recte obseruat BVRGVNDVS *de euict. c. XXIII. n. 2.* quia ab emtione alienae rei abstinere debuisset, quam *illicito more* emit. Ceterum si *iure permisso* et *licito* res onerata vel obligata emitur, veluti si res, tertio per fideicommissum relicta sub conditione: *si sine*

ſine liberis, pendente conditione, ſeu liberis adhuc viuentibus, a tertio emitur, euentu vero exiſtente, vindicatur, eo caſu demum pretium refundendum, quia ſub conditione venditio facta, ſi venditor ſine liberis non deceſſerit. *l. 7. §. 4. C. comm. de legat.*

§. XXIII. Denique (VIII) illuſtrat hanc deciſionem etiam *l. 69. pr. de euict.* quam ſupra iam §. XII. tetigi, et contra FRANZKIVM oſtendi, non hic agi de caſu, quo aperte venditor emtori dixit, quid iuris ſibi in ſeruo vendito competeret, ſed potius de *generali* indefinitoque *pacto*, ne libertatis nomine euictio præſtaretur. Solebant enim, qui *ſeruos venales* habebant, ſibi proſpicere, quod conditionis et natalium ſerui iuſtam ignorantiam haberent, adeoque hunc caſum pauciſſimi præſtare poſſent. Recte vero SCAEVOLA *cit. l.* docet, venditorem *euictionis nomine* non teneri. FRANZKIVS quidem *cit. l.* pretii repetitionem hoc ipſo non excludi arbitratur; ſed ex præiudicio erroris, quod *ex l. 11. §. 18. de contr. emt. vend.* traxit. Si enim non tenetur euictionis nomine, non etiam ratione *pretii* tenetur, quod *euictionis nomine* petitur. Pariter ex *l. 6. §. vlt. de act. emt. vend.* liquet, venditorem, adiecto pacto tali remiſſorio, non aliter teneri, quam ſi in dolo eſt. Ceterum ſi inter virum et vxorem bona fide pro *pretio vero* olim venditio facta erat, pacto donationis cauſa adiecto, *ne ob eam rem venditor quid præſtaret*, venditio quidem valebat, pactum autem irritum erat, quia degenerare videbatur in donationem, *l. 31. §. 4. de donat. inter vir. et vxor.* et petitio pretii hoc pacto, ſi valuiſſet, excluſa fuiſſet. Denique ſolebant creditores in venditione pignorum ſibi pacto hoc proſpicere maioris ſecuritatis gratia, quo caſu tam ex *pacto* quam ex *lege*

8) *Lex deciſioni allata ex l. 69. pr. de euict.*

l. 6. §. de act. emt. vend.

l. 31. §. 4. de donat. inter vir. et vx.

l. 68. pr. de euict.

liberati erant a refusione pretii, quod etiam, re euicta, petere iis integrum erat, si nondum solutio eius facta. *l. 68. pr. de euict.*



EXERCITATIO LXII.

AD LIB. XXI. PAND. TIT. II.

DE

VSV ET COMMODIS

PACTI

DE

PRAESTANDA EVICTIONE

IN CAVSIS PRIVATIS ET PVBLICIS.

CAPVT I.

DE PACTO PRAESTANDAE EVICTIONIS IN GENERE.

ARGVMENTVM.

I. Cauta iuris Romani in Germania applicatio, II. praesertim in doctrina pactorum. III. Principia iuris nat. de pactis non repudiata prorsus a Romanis, agnita Germanis. IV. Ex iisdem hodie iudicandum de pactis. V. Generalis euictionis praestandae significatus. Pactum de ea

ea præstanda quid? VI. VII. VIII. Generalia huius pacti requisita, tum ratione consensus, tum ratione negotii antecedentis, intuitu cuius promittitur euictio.

§. I.

Secundum genuina *hodierni iuris* principia nihil esse rationabilius nihilque conuenientius, quam vt, explosis antiquis carminibus et veteris iurisprudentiæ Romanæ apicibus iudicia primario iuxta *naturalem æquitatem*, dein vero secundum *scita ciuilia* iuris Romani et Germanici instruamus, neminem credo fore, qui non satis euictum putet. Cum enim cessent apud nos in plurimis singulares illæ atque politicæ rationes, quæ ex diuersa illius reipublicæ structura eiusque peculiari indole fluxerunt, *Germaniæ* vero rationes ab his sint diuersæ, moresque alii inter nos vigeant, magna præcautione opus est, ne absque iudicio sequamur instituta peregrina, sed potius illa cum reipublicæ nostræ principiis conferamus, et hoc modo in applicatione inoffenso progrediamur pede. *Præfatio generalis.*

§. II. Aequissima hoc ipsum lance recentioris atque sanioris iurisprudentiæ cultores ponderarunt, atque hinc in id enixe incubuerunt, vt fora nostra a peregrinis dogmatibus a patriæ rationibus alienis, repurgarentur. In quo ipso labore non potuerunt non statim animaduertere, nullam inter alias materiam huiusmodi tricis magis laborare quam frequentissimam illam de *pactis nudis* atque eorundem *obligatione* doctrinam. Quare, reiectis ICTORVM antiquiorum litigiis, qui maiorem in scrupulosis quibusdam iuris antiqui obseruationibus, quam intentione paciscentium obligandi vim *Principia antiquæ iurisprudentiæ de pactis.*

quærebant, vera iuris naturæ et gentium principia, a Germanis iam olim assumta, laudata, et approbata, in hoc iuris passu restaurarunt.

Fundamentum pactorum ex iure naturali et gentium.

§. III. Constat de iure *naturali et gentium*, ad inducendam efficacem obligationem sufficere quemcunque verbis et mente deliberata expressum consensum, præsupposita habilitate personæ, quæ se obstringere queat, quod docet GROTIVS *de iure belli et pacis lib. II. cap. 11. §. 3. seq.* Quam æquum vero istud sit, agnouerunt aliqua ex parte olim ICti Romani, æquitatem *edicti prætorii* de *pactis* inde æstimantes, quod *nihil tam congruum fidei humanæ sit, quam ea, quæ inter partes placuerunt, seruare. l. 1. pr. de pactis.* Idem suboluit *ICtis* GAIO et PAVLO *in l. 2. et 3. de obl. et act. et in l. 84. ff. de reg. iur.* Ipse PAVLVS, paulo subtilior alias ICtus, adserit, *eum natura debere, quem iure gentium dare oportet, id est, cuius fidem secuti sumus.* Ita vero hæc ipso prætoris edicto olim introducta, atque omnium tunc temporis mentem occupantia principia admodum conculcata et imminuta sunt; non tamen antiqua differentia, ratione *obligationis* inter *contractus* stricte dictos et *pacta*, tum qua talia seu *nuda*, tum ea, quibus solemnis quædam stipulatio accesserat, conseruata est, quæ in infinitis adhuc huius iuris decisionibus omne fert punctum. Merito vero ab ea secessum fecerunt Germaniæ ICti, recte existimantes, asserta hactenus discrimina fidei Germanicæ e diametro obstare, nec ea sequenda, sed potius sanissimum illud iuris naturalis assertum, quod nimirum, ex quouis deliberato consensu, consentiens ad implendum promissum firmiter obstringatur, pro norma ac regula in diiudicanda pactorum obligatione assumserunt.

Vid.

Vid. LEYSER ad *ff. specim. 519. med. 4. et. 5.* STRYK *in vs. mod. ad tit. de pact. §. 12. aliique.*

§. IV. Quod si igitur hodie quæstio subnascitur: vtrum pactum aliquod pleno effectu gaudere debeat nec ne? eius decisio non vnice ex iure Romano repetenda, sed potius ei standum erit, quod conceptui, supra §. *III.* adducto, conveniens reperitur. Quare cum singularem quandam in contractibus vsitatam pactorum speciem, scil. *de præstanda euictione*, et eius peculiarem vsum dilucidare, apud me præsenti disquisitione constituerim, eidem quoque principio firmiter insistam, atque demonstrabo, pactum supra memoratum, tam ratione suæ naturæ quam effectuum, æquitati naturali esse conuenientissimum, atque eiusdem vtilitatem in diuersis iuris articulis deprehendi, non vero inter otiosas et inanes clausulas contractuum semper referendum esse.

Pactorum principium generale de iure hodierno.

§. V. Vt vero genuinam notionem *pacti* huius ab omni obscuritate liberemus, præmonendum erit, nos hic *euictionis præstationem*, quæ primario in contractu emtionis venditionis sese exserit, paulo latius sumere, pro cuiuscunque rei promissæ *securitatis præstatione*, cum firmissima obligatione, pollicentem effecturum, ne a quoquam vel extra vel in iudicio in litem vocari debeat. Ratio, cur generalem hunc significatum hoc loco assumere placuit, est, quod principes et ipsi ICti in rescriptis *euictionem* latius etiam ad quoscunque contractus et casus sæpe, imo ad negotia extra contractus, extenderint, per *l. 13. de act. E. V. L. 11. 24. ff. l. 2. 4. et 29. C. de euict. et l. 2. §. 5. de veteri iure enucleand.* Ex dato vero *euictionis* significatu, prono alueo

Quid hic significet euictionem præstare.

Definitio pacti praestandae euictionis. hæc pacti de præstanda euictione fuit definitio, quod sit: *conuentio de præstanda qualicunque eius, quod antecedenter siue in contractu siue alio modo actum, securitate atque indemnitate, ne a quoquam vel de iure vel de facto auferatur.* Suppeditat vero hæc definitio generaliora quædam principia, quæ necessario erunt præmittenda, vt deinceps in declaranda huius *conuentionis vtilitate* eo felicius progredi liceat.

Requisita generalia huius pacti. §. VI. Cum hic adsit *conuentio specialis*, eiusdem tanquam commune omnium conuentionum principium quærendum est in I) *consensu*, qui quemadmodum semper α) mutuus, specificus, certus et indubius esse debet, ita et in hac qualitate hic desideratur. β) Omnes eiusmodi pactum valide ineunt, quibus securitatem quandam præstare liberum est. γ) Obiectum huius pacti sunt in genere res, de quibus consensus interponi solet atque potest. δ) Ad id potissimum hic spectandum est, de cuius securitate præstanda partes inter se consenserunt, adeoque non præcise de *facto proprio*, sed etiam *tertii*, imo vario modo securitas ratione rei, promitti poterit, quod contra iuris stricti dispositionem statuendum. Vid. PRAESID. dissert. *de iure ex pacto tertii quæsito.*

§. VII. II) Quando dicitur, iniri hoc pactum super eo, quod quomodocunque *antecedenter* actum, α) hoc ipso indigitatur, pactum hoc semper supponere *negotium* aliquod *antecedens*, si quidem euictio non potest præstari sine *causa præcedente*; qui enim ex euictione, cuius hoc pactum species aliqua est, agit, quæ nullam causam habet, hic repellitur exceptione *doli mali* per *l. 2. §. 3. de doli mali except.* Et quamuis nemo pro se proprie intercedere, suique pro-

prius

prius sponsor esse possit, per *l. 19. in f. ad SCtum Vellei. L. 11. ff. de fideiussor. l. 95. §. 3. ff. de solut.* id tamen ad minimum promittere potest, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat. *l. 11. §. 18. de act. E. V.* 6) In omnibus, praecipue vero istis hoc pactum prodesse casibus, in quibus ex natura rei nulla praestatur euictio, modo talia sint, in quibus, partes securitatem aliquam intendisse appareat; alias enim, vt in *emtione spei*, contradictorium foret, istiusmodi inire pactum. *l. 8. §. 1. de contr. E. V. l. 10. de hered. vel act. vend. cit. l. 11. §. 18. de act. E. V.* Denique non adeo magnum vsum habebit pactum, si ex natura negotii, quod titulum onerosum habet, euictionis praestatio debeatur, quamuis non dubium sit, illud specialius determinari, et loco eius, quod interest, duplum promitti posse. *l. 1. de euict. et duplae stipulat.*

§. VIII. Hisce igitur modis qualificata conuentio, quam late sese diffundere possit, ex generalioribus hic recensitis eiusdem requisitis patebit. Cum ergo is sit dissertationis huius finis, vt *vtilitas* eiusdem, quae peculiarem meditationem desiderat, aliquo modo euincatur, ita ordinatissime procedi posse arbitror, vt eiusdem vsus duobus capitibus tam in causis *priuatorum* quam *publicis* distinctius explanetur.

CAP.

CAPVT II.

DE

VSV ET COMMODIS PACTI DE PRAESTANDA EVICTIONE, IN CAVSIS PRIVATIS IVXTA IVS ROMANVM ET GERMANICVM.

ARGVMENTVM.

I. De Vſu huius pacti in genere. II. ſpeciatim 1) in venditione hereditatis, vniuerſitatis, nominum, III. 2) ratione præſtationum perſonalium IV. 3) et caſus fortuiti. Explicatur L. 11. D. de euict. Proponitur ſpecies de re emta, facto principis ablata, odio venditoris. V. 4) ratione cautionis, qua pactum confirmatur; VI. 5) ratione euictionis ab alio, quam iudice competente, procedentis; VII. 6) in venditione ſecundum quid nulla; VIII. 7) ratione venditorum, ad euictionem præſtandam non obligatorum, IX. vel vi priuilegii ab ea immunium, veluti eccleſiarum, X. Iudæorum, XI. Commodum huius pacti ratione litis denunciationis, et litis a venditore, procuratorio nomine emtoris, ſuis ſumtibus ſuſcipiendæ. XII. Vſus pacti in omnibus negotiis, in quibus intereſt ratione promiſſi ſecurum eſſe, XIII. in locatione conductione, depoſito, commodato, XIV. ratione mandantis ſuo periculo, vel perſuadentis, XV. in negotiis lucratiuis, XVI. in donatione, dotis aduentitiæ

tiæ promissione, et legatorum præstatione, XVII. in transactione, XVIII. in hereditatis diuisione. XIX. Euictio iure Germ. per annum et diem præstita. Briga, exbrigare disbrigare. XX. Eius promissio subinde munita execrationibus, XXI. subinde generaliter facta, XXII. vel obstagii clausula firmata. XXIII Vis huius pacti ex Legibus Germ. XXIV. XXV. Eius exempla ex diplomatibus. XXVI. Vsus hodiernus.

§. I.

Quanquam euictionis præstatio in *l. 6. et 37. D. de euict. l. 31. §. 10. de ædilit. edicto* alibique contractui emtionis venditionis naturaliter inesse dicatur, minime tamen inde inferendum, pactum de præstanda euictione in eodem esse prorsus superuacuum. Cum enim recta ratio doceat, *naturalia* entis mutationi esse obnoxia, atque in hoc ipso ab eiusdem *substantialibus* differre, quis dubitaret, quo minus euictionis præstatio, tanquam emtionis naturale, vel plane a contractu emti abesse, vel etiam pro diuersitate circumstantiarum et contrahentium arbitrio varie determinari possit. Prius testatur pactum, *ne præstetur euictio*, quod illustrat ICtus *in l. 11. §. 18. de act. E. V.* quodque nuper admodum PRAESES peculiari dissertatione explicuit; posterius vero, quod non immutari solum *euictionis præstatio* in hoc contractu queat, verum etiam adiectione ipsius varia interdum commoda huic negotio adiiciantur, loquuntur insignia quædam documenta, tam *iuris Romani* quam *Germanici*, quæ eum in finem in medium sunt proferenda. Vtilitas huius pacti.

In venditione 1) hereditatis:

§. II. (I) In *hereditatis venditione* ſecundum regulam nihil præſtat venditor, quam *ſe heredem eſſe*, atque omnia, quæ ad eum tanquam heredem peruenerint, tradidiſſe, neque dolo malo aliquid, quod ad hereditatem de iure pertinebat, neglexiſſe, per *l. 13. et 14. §. 1. de hered. vel act. vendit. Singularum* vero *rerum*, in inuentario licet deſignatarum, euictionem non præſtat, per *l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.* ſed liberatur cedendo earum rerum actiones emtori, per *l. 1. §. 3. eod.* Singulariter tamen is caſus per *l. 1. C. de euict.* excipitur, ſi etiam euictionem rerum ſingularum atque præſtationem promiſerit; tunc enim vi promiſſi, non tanquam heres, ad earundem euictionem obligabitur. Idem quoque ob paritatem rationis dicendum erit, ſi quælibet alia *vniuerſitas*, rerum et iurium, commodorum et incommodorum complexum continens, venundetur, veluti *peculium* quod ad inſtar hereditatis ſe habet, et ex ſua natura tam proprias quam alienas res ſub ſe continet; vt de his non aliter, quam promiſſâ rerum ſingularum euictione, teneatur. Sed etiam *venditio nominum* magnam ex hoc pacto trahit vtilitatem; venditor enim præſtare duntaxat tenetur, vt ſit nomen, non etiam, vt exinde aliqua vtilitas ad emtorem perueniat; *l. 74. §. f. de euict. et l. 4. ff. de hered. vendit.* niſi iterum nominatim conuenerit, quid, quale, quantumue exinde obtineri debeat, tunc enim iterum ex pacto euictionem præſtabit, ad quam extra pacti caſum haud obſtringebatur. per *l. eand. I. C. de euict. et l. 15. ff. de hered. vend. l. 5. et 47. pr. de euict.*

2) vniuerſitatis:

3) nominum.

Intuitu diuerſarum præſtationum, extra ordinem promiſſarum.

§. III. (II) De natura contractus emtionis id tantum venditor præſtabit, vt emtor *vſucapiendi conditionem* rei venditæ nanciſcatur, qua de cauſa ante perfectam traditionem quidem ad defenſionem et tuitionem rei venditæ tenebitur;

l. 31.

l. 31. D. de act. E. V. ibi: *quamuis eam custodire debuerim*, post perfectam traditionem vero venditor non præstat, ne de facto aliquid a tertio fiat *l. 11. de D. euict.* adeo, vt, si vel maxime in possessione vi illata ab eo turbetur, vel etiam plane eadem priuetur, non pateat ipsi regressus aduersus venditorem, sed contra vim inferentem ei agendum sit, per *l. f. C. de act. E. V. et l. 31. ff. eod.* nisi forte possessio auocetur ex causa, quæ ante traditionem iam exstiterat. Excipitur tamen merito casus, si venditor promiserit, euictionem atque defensionem præstare, *contra quamcunque iuris et facti molestiam*, modo contrahentes de eiusmodi molestiis cogitarint, quas actor obtendit. *arg. l. 12. C. de euict.* Tenetur præterea emtor possessionem, in qua ab alio turbatur, vel quæ ipsi erepta est, quantum fieri potest, defendere; *l. f. C. de act. E. V. et l. 1. §. 4. ff. vti possidetis*, alias sua culpa ius suum neglexisse, atque non vtendo amisisse videtur, æque vt in seruitutibus, per *l. 19. quemadm. seruitutes etc.*

§. IV. (III) Idem ob rationis paritatem dicendum, si per *vim maiorem*, v. g. *principis*, res euicta fuerit. Illustrat hoc egregie *l. 11. D. de euict.* cuius verba hæc sunt: " Lucius Titius prædia in Germania trans Rhenum emit, et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emtoris conueniretur, quæstionem retulit dicens: has possessiones ex præcepto principali partim distractas, partim veteranis in præmia assignatas: quæro, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit, FVTVROS CASVS euictionis post contractum emtionem ad venditorem non pertinere, et ideo secundum ea, quæ proponuntur, pretium prædiorum peti posse. " Obseruandum *Si res per vim maiorem, v. g. principis, fuerit euicta.*

iuxta l. 11. de euict. cum variis obseruationibus declaratur.

dum ante omnia eſt: 1) hic agi de vendita re emtori iam tradita, quod emtor, a quo pretium petebatur, exciperet de prædiis ſibi ex reſcripto principali ablatis, vt recte obſeruat OSIVS AVRELIVS *diſpunct. 26. de variant. Cuiacii interpret.* relatus *tom. III. theſ. iur. rom. pag. 761.* quamuis eadem deciſio obtinuiſſet, ſi vel maxime ante traditionem hic caſus interueniſſet, quod emtione perfecta *ſtatim* periculum emtoris ſit. §. 3. *inſt. de emt. vend.* 2) Palam eſt, hic tradi exemplum *caſus fortuiti* poſt venditionem contractam ſuperuenientis, adeoque non FVTVROS, ſed FORTVITOS CASVS rectius legendum eſſe, cum *Baſilicis tom. II. lib. XIX. tit. II. p. 407.* quod etiam ipſa circumſtantia, in *cit. leg.* adducta, præclare indigitat, quam BVRGVNDVS de *euict. cap. 75. n. 2.* et STRYK. *de princip. euincente c. II. §. 95.* illuſtrant. Etenim 3) ad *caſus fortuitos* ſine dubio refertur, quidquid *de facto* a potentiore vel alias *vi maiori* fit, cui venditor reſiſtere non poteſt. Id optime obſeruauit NERATIVS in *l. 31. de act. emt. vend.* "Si ea res, quam ex emto præſtare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamuis eam cuſtodire debuerim, tamen propius eſt, vt nihil amplius quam actiones perſequendæ eius præſtari a me emtori oporteat, quia cuſtodia aduerſus vim parum proficit." Videlicet quamdiu res non eſt tradita, venditor adhuc poſſidet, ei vis infertur, isque deiicitur, adeoque remedia poſſeſſoria comparata ſunt, quæ emtori præſtare debet, *et quidem arbitrio et periculo eius*, vt *omne periculum et diſpendium eum ſequatur.* Cæterum ſi *poſt traditionem* emtor per violentiam de fundo vendito expulſus eſt, qui nullum ius in eo ſibi aſſerere poteſt, nulla contra venditorem eo nomine emtori competit actio. *l. vlt. C. de act. E. V.* Extra ordinem tamen hoc caſu etiam præſtatio euictionis venditori incumbit, ſi *via facti* ſeu *vis maior* tem-

Vſus pacti de præſtanda euictione in hoc caſu.

pore

pore factæ venditionis imminet, et emtor huius circumstantiæ conscius *speciali pacto* sibi prospexit de euictione ad certum tempus præstanda, quod hoc casu insignem præstat vtilitatem, si intra illud tempus per *vim maiorem* factum, quo minus emtori rem emtam habere liceat; ceterum si post illud *via facti* emergit; venditor securus est, nec regressum ex pacto emtor habet, quin potius eo casu obtinet effatum ICti *in l. 67. de fideiussor. Iniuriam, quæ tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri æquius est.* Declarare hoc liceat casu, an. 1735. ordini ICtorum inclyto huius Academiæ oblato. Venditæ erant anno 1733. vina Iudæo cuidam, sed quia periculum erat, ne per *vim maiorem* vel *viam facti* in odium venditoris a potentiori fieret, quo minus venditio sortiretur effectum, inter alia hæc lex contractui erat adiecta: Da Ihro Hochfürstl. Durchl. der Hertzog von N. die Abfuhr der Weine samt dem, was in den Kauf geschlagen worden, gegen Verhoffen via facti verhindern solte, auf solchem Fall soll der Contract, es möge die Behinderung in toto oder in parte sich zutragen, wieder erloschen seyn, und keinem Theil einige actio ad interesse gegen einander zu statten kommen. Hoc pacto *præstationem euictionis* certo modo in se receperat illustrissima venditrix, hac tamen adiecta limitatione: Doch daß Se. Hoch-Gräffl. Excellentz nicht länger als 14. Tagen gebunden seyn wollen, und nach 14. Tage der Kauff durchgehends bündig bleiben solle. Obstricta ergo erat contra *vim maiorem* imminentem ad euictionem præstandam *intra quatuordecim dies* a tempore initi contractus, et ideo ad instantiam emtoris, alia lege emere nolentis, sese huic legi subdiderat, quod sciret perspectumque emtor haberet, ex documentis publice cognitis venditricem

gratia principis excidisse, & tum eius tum successoris futuri odio, imo aliorum quoque insidiis expositam esse. Contractus initus erat *d. 17. Iul. 1733.*: vina tradita emtori: pretium solutum: insignis pars iam ab emtore aliis distracta, sed plena abductio vinorum ab ipso emtore dilata erat vsque *ad 30. Oct. 1733.* quo, scena mutata, & principe regente decedente, agnatus successerat, qui vinorum, quæ supererant, abductionem intuitu venditricis, cuius patrimonio tamen illa iam exierant, impediebat. Iudæus emtor *d. 20. Maii 1734.* in Palatinatu, quo mobilibus illustrissimæ venditricis arrestum impositum, agebat *euictionis* nomine ad repetendum ad minimum pretium ex *l. 11. §. 18. de act. emt. vend.*, sed inanem fuisse conatum, docuit non ita pridem PRAESES in *vindiciis pacti de non præstanda euictione.* Verum contra pactum, quo præstatio euictionis contra viam facti ad *quatuordecim* duntaxat *dies* promissa erat, inter alia hoc vtebantur, pro euictione præstanda, argumento, quod postea vinorum abductio impedita fuerit *odio et intuitu venditricis;* ex iure autem constare: α) quidquid propter inimicitias venditoris per vim factum, ab hoc præstandum esse *arg. l. 25. §. 4. locati:* β) etiam maritum rerum dotalium periculum, quæ in seditione perierant, præstare debere, si culpa eius ea coorta erat: *l. 66. pr. soluto matrim.* Inde γ) DIONYSIUM GOTHOFREDUM *in not. ad l. 31. de act. E. V. lit. m.* in hanc ire sententiam, aientem: *Re per vim ablata venditor liberatur, nisi vis ei sit illata ob eius inimicitias; tunc enim res videtur amissa aut interiisse culpa venditoris:* δ) constare ex cit. *l. 31.* venditorem obligari ad custodiam præstandam, cui vis a tertio infertur, ergo multo magis ad id præstandum, ne ex eius odio a tertio quid fiat; ε) MEVIUM *part. 6. decis. 34. n. 6.* inde recte hanc sententiam elicuisse: *cum venditoris vel alterius causa*

Quid si odio venditoris per viam facti quid susceptum?

caufa et odio iniuriam patitur accipiens, actioni poteft effe locus. Sed hæc argumenta a fpecie propofita prorfus aliena erant, in qua emtor *fciuit præuiditque*, omne periculum, quod emtionem *per vim* turbare poterat, vnice ex *inimicitiis* et auerfo a venditrice animo principis & fucceſſoris petendum effe, atque ita a *fciente et volente* hoc quoque periculum fufceptum fuiffe. Nemo autem videtur fraudare eos, qui fciunt & confentiunt, iudice VLPIANO in *l. 145. de R. I.* nec *fciens* læditur aut decipitur ab alio fed a femetipfo; *l. 1. in f. quod falf. tut. l. 34. C. de transact. l. 11. fi quid in fraud. patron. fact.* quin potius qui tam periculofam iniit venditionem *fcienter*, dolo facit, dum poftea obiicit, rem venditam euictam effe *inimicitia et odio venditoris*, vnde tamen omne periculum emtioni imminebat. Id clare euincebant verba pacti, vnice ad *viam facti* directa, fi per eam a *principe* aliquid factum fuiffet: intelligebat Iudæus emtor, exportationem vini facile impediri poffe a principe; & fic hoc ipfum infortunium, quod dudum poft lapfum terminum eueniebat, in fe fufceperat, adeoque nullam inde exceptionem exfculpere poterat. Neque enim *fcienti* et *confentienti* dolus aut iniuria infertur *cap. 27 de R. I. in 6to.* Licet ergo contemplatione illuftriffimæ venditricis, tradito iam vino & dudum elapfo termino, exportatio vini a fucceffore principe impedita fuerit, emtor tamen nullum regreffum ad indemnitatem habere eo nomine potuit, quia huic periculo tanquam præuifo fefe fubiecerat; vnde merito, actis transmiffis, abfoluta eft ab actione illuftriffima venditrix: quin crederem, ob euidentem calumniam emtorem praeterea teneri ad *omne intereffe* præftandum ob *arreftum* iniufte impofitum.

§. V.

Necessarium quandoque hoc pactum est.

§. V. (IV) Denique si in obligatione, quæ contractui emti *naturaliter* inest ad præstandam euictionem, emtori semper foret acquiescendum, maximæ nonnunquam læsionis periculum incurreret, siquidem venditor absque pacto ad nullam euictionis nomine peculiariter *cautionem* obligatus est; quo tamen non semper satis consultum erit emtori, quando cum *inope* ipsi est negotium, quin potius optime sibi consulet, si pactum cum venditore ineat de præstanda cautione *per fideiussores;* hoc enim si fecerit, præstabit omnino venditor illam satisdationem dicto atque conuento modo, per *l. 37. et 56. D. de euict.* Imo si satisdare ex pacto noluerit, optimo iure ad istud poterit cogi, per *l. 11. §. 9. de act. emt. vend.* vnde rursus huius pacti insignis vtilitas emergit.

In euictione per sententiam iudicis incompetentis facta.

§. VI. (V) Vi porro definitionis, quæ in iure ordinariæ euictioni tribuitur, ea tantum solet præstari, quoties *iure* et a *vero iudice* res vendita euincitur; vnde si errore, imprudentia vel etiam malitia iudicis aut ab incompetente v. g. per sententiam arbitri euictio procedat, venditor ad eam præstandam nullo iuris vinculo adstringitur. Aliud dicendum fore iudico, si per pactum ad eius præstationem se obligauerit, *quomodocunque* demum & *qualitercumque res euincatur;* patebit enim tunc omnino recursus aduersus venditorem, per *l. 12. C. de euict.* & *l. 12. D. de recept. qui arbitr. l. 71. §. de legat. I.* BVRGVNDVS *in comment. de euict. cap. 80. et 81. seqq.* Merito tamen præsupponendum, emtorem appellationis interpositionem legitimo tempore a sua parte non intermisisse: quoniam alias, æque vt in casu, supra §. III. adducto, negligentia iure suo cecidisse videbitur.

§. VII.

§. VII. (VI) Illud prӕterea quidem certum eſt, in venditione, abſolute nulla, non poſſe prӕſtari euictionem, quoniam prohibitorum prӕſtationem ex pacto petere non poſſumus. Quodſi tamen actus non abſolute, ſed *reſpectiue* tantum, id eſt, intuitu *certi cuiusdam ſubiecti* vel ſub certis tantum circumſtantiis nullus eſt, pacto de prӕſtanda euictione non deeſt effectus. Sic v. g. minore prӕdium alienante, et deſuper euictionem promittente ſine decreto magiſtratus, reſpectu eius quidem tota alienatio nulla erit, vid. *tot. tit. D. de rebus eorum, qui ſub tutor. et tit. C. de prӕd. minor.* adeoque et promiſſio euictionis, tanquam acceſſorium obligationis principalis nulla erit. Quid ſi autem tertius intuitu minoris emtorem prӕdii pacto de euictione ſecuriorem reddiderit? omnino ad eum prӕſtandum obligabitur per *l. 9. C. de prӕd. minor.* Proinde ſi curator ob euictionis periculum ex rebus propriis pignora obligauit, emtor non prohibetur illa perſequi, licet curator non habeat regreſſum contra minorem. *l. 25. de fideiuſſor.* *In venditione reſpectiue nulla.*

§. VIII. (VII) Ex iuris analogia patet, nec magiſtratum, qui ſub haſta vendit, nec creditorem, qui pignus poſt moram diſtraxit, euictionis nomine teneri; *l. 10. l. 12. §. 1. D. de diſtract. pign.* niſi expreſſo pacto ſe huic obligationi ſubiecit; adeoque rurſus emtor ex hoc pacto lucratur. Nam (VIII) etiam procurator, qui alieno nomine vendidit, ad euictionis prӕſtationem, ſi ſe ſpeciatim ad hanc pacto adſtrinxit, tenetur, *l. 67. de procurator.* quod illuſtratum eſt reſponſo Facult. iuridicӕ a PRAESIDE *tom. II. conſult. et deciſ. p. 1. arg. 335. n. 32. ſeqq.* *In pignoris venditione.*

In venditoribus specialiter de non praestanda euictione priuilegiatis. 1) Ecclesiis.

§. IX. Vtilitas etiam (IX) pacti de eo, *vt praestetur euictio*, sese exserit, quando emtoribus negotium est cum personis, quae alias per priuilegium ab euictione immunes sunt. Etenim 1) singulare de iure canonico est priuilegium ecclesiarum, vt, si quid ab iis emtum fuerit, de euictione non obligentur, per *cap. 1. X. depositi.* nisi emtor demonstrauerit, pretium, ex contractu redactum, in earundem vtilitatem fuisse conuersum, vt ait INNOCENTIVS *cit. loc: Ille, qui contrahit cum ecclesia in mutuo vel deposito, vel in emtione rei, quae venditur, ad soluendum aliquod debitum ecclesiae debet esse sollicitus, quoniam alias non erit securus;* quam constitutionem, non sine ratione, desumtam puto ex *auth. hoc ius porrectum. C. de SS. eccles.* Nulla tamen superest dubitandi caussa, quin, si administratores de *euictione* praestanda expresse cauerunt, de eius praestatione sint obstricti, quoniam hoc pacto sibi quidem praeiudicare poterunt, non ecclesiae. Quid ergo, si ecclesiae *immediate* contraxerunt, vel per eos, qui eam repraesentarunt? ad hoc priuilegium prouocare non possunt, tum quod ei renunciarint: tum etiam, quod exceptio *non factae versionis* merito cessare debeat, vbi ecclesia *immediate* contrahit. Ad minimum tamen securius est, vt pacto speciatim huic exceptioni renuncietur. Exornabo hanc caussam exemplo idoneo, quod enarrat NICOLAVS SCHATEN *in annal. Paderborn. ad ann. 1286.* OTTO episcopus, dicto anno fratribus praedicatorum, ordinis conuentus Wartbergensis, vendiderat feudum cuiusdam ecclesiae pro marcis quinquaginta visualis monetae, hac adiecta clausula: per praesentes „et obligamus et adstringimus nos pro vobis de victione et „euictione, et vt vulgo dicitur, WARANDIA, quoties, quando et vbi requisieritis praestituros, et literas hoc „negotium quocunque modo contingentes, quoties petieri-„tis,

„tis, daturos et innouaturos, et provt vnquam poterimus ci-„tius, capituli nostri Paderbornensis literas et sigillum, „horum plenarie robur et consensum continentes, ob-„tenturos. Prior clausula necessaria erat, quia a *solo episcopo* facta alienatio non subsistebat, adeoque fundus venditus reuocationi erat obnoxius. Posterior clausula robur illi addebat, vt ipsa ecclesia *immediate* fundum vendidisse videretur, quam episcopus cum capitulo repraesentat, vt hoc casu dubium de *versione non facta* moueri nequeat.

§. X. Vlterius 2) FRANZKIVS *in comment. ad Digesta titulo de euictionibus n. 324. seqq.* adfert casum specialissimum ex *lib. 3. LandR. art. 7. et Weichbild. art. 5.* vi cuius de iure Saxonico antiquo Iudaeis euictionis praestatio, si quid ab ipsis emtum fuerit, est remissa, ex ratione, vt eo magis deterreantur Christiani a commercio cum Iudaeis. Quanquam vero haec ratio non satis adaequata, et de huius constitutionis vigore ipse dubitet FRANZKIVS; sine dubio tamen iis in *locis*, vbi Iudaei adhuc *hac lege* viuunt, optime sibi consulere emtorem, arbitror, si prae caeteris Iudaeum peculiari euictionis promissione sibi obliget, quoniam sic, non obstante priuilegio, ad eam praestandam obstringi poterit. 2) *Iudaeis.*

§. XI. Denique 3) venditor non prius emtori ad assistendum in euictione obligatur, quam si lis ipsi eapropter debito modo fuerit denunciata. *l. 8. Cod. de euictionibus.* Multum tamen interest, praesertim de iure Saxonico, quid super *euictionis praestatione* hoc in casu ab vtraque parte conuentum sit; regulariter enim venditor tantum in *petitorio* et *possessorio ordinario* ad assistentiam obstringitur; ceterum si promiserit: die Sache nicht allein in petitorio, son- *In litis denunciatione venditori facta.*

dern auch *in possessorio tam summario quam summarissimo* zu gewehren ꝛc. venditoris erit, emtorem, facta litis denunciatione, in *præsentanea* seu *summariissima possessione* contra turbantem defendere, quod singularis sine dubio est vtilitatis, cum absque hoc pacto ad euictionem ratione *turbationis* plane non teneatur, *l. 31. D. de act. emt. vend.* vid. *Ord. elect. Saxon. ref. tit. XIV. §. 1.* et BERGER *elect. process. possess. thes. 37.* Pertinet huc quoque casus, si venditor in se ita recepit defensionem emtoris, vt litem *suis expensis et laboribus* suscipere velit, quo ipso ad plus quam ad nudam assistentiam sese obstringit, et emtorem hoc modo ab omni litium molestia liberat, quoniam si quid a parte eius in lite prosequenda peccatum est, eius proprio cedit periculo, et venditor in lite succumbens tenetur simpliciter ad præstandam euictionem. Enimuero si emtor ipsemet litem peragere cogitur: vbi venditor, cui litis denunciatio facta, non comparet, nec emtori adsistit, (*absolute* enim ad assistentiam non cogitur) emtor non tantum molestias litis æquo animo deuorare cogitur, sed, quod magis est, interim *expensas litis* soluere, et si quid in lite ab eo minus recte gestum est, vt ex hoc defectu victus sit, facile contingere potest, vt postea regressus ei denegetur contra venditorem, qui ei opponit, quod *propria culpa* victus fuerit. E contrario, pacto eo modo formato, prout in clausula adducta factum est, directo per mandata adstringi potest a iudice venditor, ad litem in se suscipiendam, et emtorem *suis expensis et laboribus* defendendum, cuius exemplum *infra §. XXII.* adductum.

Progressus ad alia negotia. §. XII. Atque ex allatis hisce exemplis satis probasse mihi videor, haud parum vtilitatis pactum, de quo hic agimus, contractui emtionis addere, tantumque abesse, vt su-

ſuperfluum dici queat, vt potius nonnunquam haud absque ſummo detrimento in eodem negligatur. Liceat vero nunc quoque oſtendere, præter hunc contractum in aliis pactum hoc non ſine effectu iniri. Cum enim per *l. 1. §. 6. depoſiti: omnes contractus ex conuentione legem accipiant*, nihil certe impedit, quo minus et hæc ad alios contractus ſeſe extendat, cum *euictionis præſtandæ* ratio ad plura alia negotia porrigatur.

§. XIII. Explorati videlicet iuris eſt, per *l. 4. ff commod.* et *l. 1. §. 4. de obl. et act. §. 2. I. quibus modis re contrahitur etc.* nullo in iudicio aliquem de *caſu* aut *vi maiori* præſtanda, niſi *dolus* vel *culpa* interuenerit, obligari. Verum et in eo aliud conſenſu partium definiri poſſe, vel *locationis conductionis* exemplum docet. Ex natura enim huius contractus per *l. 4. pr. et l. 8. C. locat. cond.* vſum quidem rei locatæ præſtare conductori tenetur, non vero *caſum* et *vim maiorem*; nihilominus tamen *l. 9. §. 2. ff. locati* docet, locatorem, ſi etiam præſtationem caſus et vis maioris in ſe ſuſceperit, ex pacto teneri, quod etiam ad *caſus inſolitiſſimos* omnino extendendum eſſe puto, modo conſtet, de iisdem etiam *expreſſe* inter partes fuiſſe cogitatum, licet alias inter *inſolitiſſimos* caſus et *inſolitos* ratione effectus non ſine ratione diſtinguat B. STRYK. *de cautel. contr. ſect. 2. cap. 8. §. 20.* Eadem quoque principia erunt retinenda, vbi locator conductori promiſerit, ſe rem durante locatione haud alienaturum ſub pœna certa, atque promiſſione plenariae indemnitatis in caſu contrauentionis; hoc ergo exiſtente, ſiquidem emtor conductorem expellere intenderit, ad indemnitatem ei vi pacti locator erit obligatus per *l. 7. §. 2. de diſtract. pignor.* quamuis, (quod obiter notandum) lex citata admodum contorta

In locatione conductione.

ſit,

fit, dum id, quod de *creditore* in eadem prædicatur, merito de *debitore* eſt intelligendum, quoniam alias ratio concludendi minime cohæret. Quæ hactenus vero dicta de locatione, ob identitatem rationum *ad depoſitum* et *commodatum* per *l. 5. §. 2. D. commod. et l. 1. §. 6. depoſiti* poterunt applicari.

In perſuaſionibus ad contractum ineundum.

§. XIV. Perſuaſio nuda atque conſenſus tertii ſeu inductio ad contractum ineundum per ſe nihil periculi in eum transfert per *l. 160. de R. I.* quoniam aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire, atque adeo nec *euictionis* nomine obſtringitur. Haud immerito tamen etiam perſuadens eapropter obligatur, ſi perſuaſionibus *promiſſio de ſecuritate* acceſſerit. Nihil enim impedit, quo minus etiam tertius, quem contractus primario non tangit, *euictionis periculum* in ſe ſuſcipere, et eius præſtationem *principaliter*, etiam non excuſſo *autore*, ſi id quoque cautum, promittere queat. Huc in genere ſpectat clauſula: *periculo meo*, *l. 12. §. 12. mandat.* vnde ſimul conſtat, hoc accedente pacto, non ſubſiſtere amplius negotium in nuda *perſuaſione*, ſed in *mandatum* magis degenerare.

In cauſis lucratiuis præſtatur euictio ex pacto.

§. XV. Pari ratione vtilitas huius pacti inprimis ſeſe exſerit in negotiis, quæ *contractuum* nomine plane non veniunt, ſed cauſas mere *lucratiuas* habent, a quibus tamen regulariter aliqua euictionis præſtatio aliena eſſe dicitur in *l. 17. §. 1. D. de legat. 1. et l. 17. §. 8. de legat. 2.*

1) in mera donatione.

§. XVI. Ante omnia huc refero *donationem*, in qua donans donatario per *l. 62. D. de ædilit. edict. l. 18. in f. D. de donat. l. 131. de verbor. obl.* euictionem non præſtat, ne alioquin

quin liberalitatis ſuæ pœnam ferat. Attamen *l. 2. C. de euict.* eum excipit caſum, ſi nominatim donator de eadem donatario cauerit, quod quilibet vltra limites ſuæ obligationis ſe obſtringere queat, in quo rurſus ſingularis huius pacti vſus cernitur. Ob ſimilitudinem huc etiam pertinet caſus ex *l. vlt. C. de iure dot. l. vn. C. de rei vxor. act. et l. 19. in f. de pact. ſupr. dote.* quando nimirum extraneus *dotem*, vltro et ex ſola liberalitate promiſit; is enim, quemadmodum donanti æquiparatur, ita nec obligatus ad euictionis periculum cenſetur, niſi pariter pactum deſuper antecesserit per *l. 1. cod. de iure dot.* Idem quoque per *l. 71. §. 1. ff. D. de legat. 1. et l. 48. §. 1. et 2. de legat. 3.* in præſtatione legatorum erit ſtatuendum, ſi vel heres a teſtatore *periculo euictionis præſtandæ* fuerit ſubiectus: vel ſponte heres fidem legatario deſuper dederit, in quo rurſus vtilitatis huius pacti ſpecimen ſingulare deprehenditur.

2) in dotis promiſſione ab extraneo facta.

3) in legatorum præſtatione.

§. XVII. In *transactione*, ſi v. g. quis fundum vindicauerit, deinde vero ita cum *poſſeſſore* transegerit, vt is, dato aliquo vel accepto, fundum ante vindicatum traderet; poſtea vero fundus euincatur, prior poſſeſſor præſtare non cogitur euictionem, per *l. 35. pr. de rei vind. et l. 24. famil. herecisc. l. 14. §. 1. in f. condict. furtiua*, cogi tamen eundem poſſe, nullus dubito, quoties transactioni pactum de eo, vt euictio præſtaretur, fuerit adiectum.

4) in transactione.

§. XVIII. Ex *diuiſione* qua tali, quæ inter heredes interceſſit, ſi poſtea euenerit caſus euictionis, in re, quæ vni alteriue per diuiſionem aſſignata eſt, ad euictionem præſtandam ſupereſſe actionem, eo certius eſt, quod iuxta *l. 20. §. 3. famil. hercisc.* magnam ſimilitudinem habere dicatur cum

5) in hereditatis diuiſione.

per-

permutatione, cui itidem euictionis præstatio naturaliter inest *l. 66. §. f. de euict.* Nihilominus tamen suadet ICtus in *l. 25. §. 21. famil. hercifcund.* iudicem familiæ herciscundæ curare debere, vt de euictione caueatur his, quibus adiudicat res diuisas, quod talis cautio vtplurimum pœnam adiectam habeat, et maior vtilitas ex *stipulatione* præmissa speranda sit. *l. 5. §. 4. de verb. obl.* Ceterum nihil si cautum erat de præstanda euictione, non quidem actio deficiebat, sed *incertior præstatio* erat, quod quasi ex permutato præscriptis verbis agendum esset, *l. 14. Cod. famil. hercisc.* et quanti interesset, antea docendum, quod non sine difficili probatione poterat fieri. §. 7. *I. de verb. obl.*

Vsus huius pacti de iure Germanico

§. XIX. Vidimus, quatenus pactum, de quo agimus, iuris Romani principiis conueniat; restat, vt ius nostrum *patrium* perlustremus, quantaque huius pacti, etiam secundum eiusdem principia, sit vtilitas, legibus et quibusdam exemplis illustremus. Agnouerunt *leges Germanorum* et in iis maiores nostri conuentionis huius vsum, perinde vt supra de iure ciuili ostensum, tam in *venditionibus*, quam aliis *contractibus*, nec minus iam olim sese huic obligationi vel in *genere* vel in *specie* subiecerunt contrahentes. Etenim post alienationem & traditionem rerum venditarum *euictio* secundum *ius Germanicum* plerorumque locorum tam in mobilibus quam immobilibus restricta fuit ad *annum* et *diem*, maxime intuitu heredum in *bonis agnaticis* et *hereditariis*, qui intra hoc tempus ea reuocare poterant. Atque hoc ipsum adhuc in plurimis locis, facta resignatione iudiciali, obseruatur, imo ea de causa quoque factum, vt præsta-

præstatio euictionis *ad annum et diem* olim etiam promissa fuerit. In *ſpicil. eccl. P. II.* LÜNIGII *p. 337.* inter Lubecensia documenta *n. 83.* occurrunt literæ *permutationis* inter comitem Holsatiæ et episcopum Lubecensem, HENRICVM II. *de anno* 1329. in quibus hæc notabilis clausula deprehenditur: „Insuper permittimus (vel promittimus) quod, si quis vel „qui INTRA ANNVM ET DIEM a dato præsentium, præfatum „dominum episcopum in dicta villa impedierit seu impedie„rint, quod debeamus ipsum ab huiusmodi impeditoribus „et impedimentis penitus disbrigare," h. e. extra litem constituere seu ab omni lite liberare. *Briga* enim Italis *contentio* et *iurgium* vocatur, obseruante CANGIO *in glossar. voc. briga*; adeoque *exbrigare* et *disbrigare* nihil aliud denotauit, quam contra molestiam litis aliquem securum reddere, eumque ab ea liberare. Imo *briga* quoque passim pro *euictione* in antiquis diplomatibus accipitur, vt apud GEWOLDVM *ad* HVNDII *metropol. Salisburg. tom. II. p. 237. nou. edit.* „Et si BRIGA vel EVICTIO processerit dictæ curiæ pro interes„se vtriusque probatione simplici non testium strepitu proban„do, prædicti fideles nostri firmiter promiserunt, scilicet „quod ad interesse BRIGARVM et EVICTIONIS spontanee tene„antur." Ipsum diploma est *de anno 1279.* Aliud instrumentum *venditionis de anno 1350.* in quo vsus euictionis *per annum et diem* adhuc designatur, adfert Dn. de LVDEWIG *in reliq. MSS. tom. VI. pag. 412. seqq. diplom. 25.* in quo hanc clausulam offendo: „Quam venditionem ratam et gratam et inua„riabilem tenere spondemus bona fide absque dolo, vna „cum patruo meo dilecto compromittent, et domino Alber„to eadem bona exbrigando ab omni petitione, vsque AD „FINEM ANNI ET DIEI more consueto et obseruato." Similis tenoris diploma *de anno 1289.* adducit GEWOLDVS *in metropol.*

tropol. Salisburg. tom. II. p. 28. nou. edit. "Erit etiam defensor „præfatus dominus Menigotus contra quoslibet suos consanguineos dictam hubam quocunque impugnare volentes damna et interesse, si quæ emerserint ab hoc dicto monasterio soluturos. Eodem modo damna & expensas, quæ per „extraneos occasione ante dictæ hubæ eidem euenirent monasterio, compensabit. Ad quæ scilicet ad liberum consensum huic venditioni et ad defensionem per ANNVM „ET DIEM faciendum et ad solutionem damnorum per sigillum suum huic appensum literæ de sua voluntate se obligat et astringit." Aliud diploma eiusdem tenoris de anno 1301. apud. EVND. *cit. l. p. 29.* idem quoque illustrat: "Obligantes nos præsentibus iuxta TERRAE MOREM ET „CONSVETVDINEM videlicet PER ANNVM ET „DIEM ad omnem actionem seu petitionem, quæ supra dicta curia ipsis seu ipsorum monasterio mouere poterit, penitus abolendam sub propriarum dispendio expensarum." Aliud documentum insigne habet SCHILTER. *in thes. antiquit. Teutonic. tom. III. voce Waere*, vbi literas *emtionis venditionis* inter RVPERTVM electorem Palatinum et dominos de Eberstein *de anno 1345.* exhibet huius tenoris: und derselben eigen: Stat Bretheim mit alle irre Zugehorde al davon geschrieben stat, sullen wir und unser Erben in und sien Erben weren Jahr und Tag nach des Landes Recht und Gewonheit. Wer es aber, das die vorgen. Stat B. Aussprechung werd in Jahr und Tag, von wem das geschehe, das sullen wie versprechen und ufrichten in dem mehrsten Munde darnach, wanne wirs ermannt werdin von den vorgen. Fürsten odir von seinen Erben odir von iren Boten odir mit iren Briffen, Munt wider Munt, oder zu Huß oder zu Hofe. Facit huc quoque exemplum cautionis, quod exhibet MEI-

CHEL-

CHELBECK *tom. II. histor. Frisingens. instrum. p. 78. n. 128.* venditione sub *Conrado II.* episcopo Frisingensi facta, vbi: „Promiserunt fideiussores fide data, quod easdem possessio„nes defenderent dicto domino episcopo et suis successori„bus contra quemlibet impugnantem prædictum contractum „emtionis, coram quocunque iudice competente vsque ad „tempus iure definitum"; id quod de iure Germanico intelligendum *ad annum et diem*, quo vsque etiam adhuc hodie retractus gentilitius durat. Denique in *formulis Bignonianis* apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 497. sq.* etiam in venditione seruorum hæc formula vsitata fuit: *Sed in omni corpore scimus eum sanum VSQVE AD ANNVM ET DIEM.* Vnde non mirandum est, adhuc hodie *iure Lubecensi* hanc obtinere præscriptionem, quam peculiari dissertatione illustrauit HEINECCIVS *de præscript. annali iuris Lubecensis.*

§. XX. Potissimum hac cautela contra heredes opus esse, iura Germanorum iudicarunt, ne illi ex qualitate bonorum hæc vindicarent, præsertim si titulo *donationis* in ecclesias vel monasteria translata fuerunt. Ad deterrendos enim euincentes variis vsi sunt etiam *execrationibus*, eos subiecerunt *pœnis pecuniariis*, monasteriis vel fisco inferendis, et alia ratione euictionem impedierunt. In *traditionibus Fuldensibus* sub *n. 150. 152. 154. 156. 157. 158. 160.* etc. hæc clausula donationis instrumentis adiecta: "Si quis vero, quod „fieri non credo, si ego ipse aut aliquis de heredibus meis „vel proheredibus vel quilibet vlla opposita persona, qui „contra hanc Kartam traditionis venire temptauerit et in eam „frangere voluerit, iram cœlestis incurrat, et S. Bonifacii „et ab omni loco sanctorum excommunicatus, insuper ad„scripto monasterio inferat auri vncias II. argenti pondus IV. „coactus exsoluat, et tamen quod repetit euindicare non

Munitum est interdum execrationibus et sanctione pœnali.

„ valeat, ſed præſens donatio hæc omni tempore firma ſtabi-„ lis permaneat, ſtipulatione ſubnixa." Aucta eſt pœna in diplomate 160. ad *vncias auri VII.* et *argenti pondera X.* quibus vindicantes ſubiicere voluerunt, quæ tamen eos duntaxat obſtringere potuit, qui conſenſum ſuum in tales dederunt traditiones, aliis autem a iure ſuo deterrere vix potuerunt, quamuis interim hæc formula antiquiſſima fuerit. In antiquis formulis ea ipſa tanquam inſignis cautela præſcripta eſt, vt (1) in *formulis Marculfi* apud BALVZ. *tom. II. p. 408. lib. 2. n. 6. 7. 10. 11. 14. 17. 20. 22. 23.* (2) in *appendice Marculfi p. 445. n. 14. 16. 17. 37. 39. 47.* (3) in *formul. Sirmond. n. 5. 6. 14. 23.* (4) in *formul. Bignon. n. 2.* (5) in *formul. Lindenbrog. p. 514. ibid. n. 17. 20. 50. 55. 58. 59. 72. 75. 81. 127.*

Interdum indefinite euictio promiſſa.

§. XXI. Verum in aliis pluribus documentis longe euidentius *pactum de præſtanda euictione*, et quidem *indefinite*, ſine vlla temporis determinatione, deprehenditur, cuius quaſdam placet adducere formulas. Inter documenta Lubecenſia apud LVNIGIVM *P. II. ſpicileg. eccl. ſub n. 21. p. 300.* inſtrumentum *de anno 1242.* occurrit, in quo duo vaſalli certam partem iurisdictionis vendiderant Lubecenſi epiſcopo, promiſerantque, ſeſe effecturos, vt dominus feudi in hanc alienationem conſentiret: " Quod ſi, pergunt, forte aliquo „ caſu interueniente obtineri non poterit, vel aliqua difficul-„ tas ſeu quæſtio a domino comite et ſuis iudicibus mota fue-„ rit, nos dominum epiſcopum et ſuos nuncios a tali graua-„ mine EXPENSIS PROPRIIS atque LABORIBVS eximemus. Super hoc facto noſtro nihilominus WARANDIAM „ præſtituri, ſuper qua præſtanda, ſi forte fuerimus impoten-„ tes, et hinc fide data et manu coniuncta, quod vulgo SAM-„ MENDER HAND dicitur, nos obligauimus eccleſiæ Lubecenſi,

„ beceníi, quod domino epiícopo, qui tunc tempore fuit, „ denarios nobis exhibitos integraliter refundemus." Pari ratione MEICHELBECK *tom. II. histor. Frisingens. instrum. pag. 46. n. 73.* exhibet inſtrumentum, quod eandem ferme continet obligationis formulam.

§. XXII. Nonnunquam vinculum *obstagii* pro more illius æui huic pacto addiderunt, vt in *instrument. de anno 1308. apud eund.* LVNIG. *n. 72. p. 328.* " Ad abundantem autem „ cautelam dictus frater meus Adolphus Comes de Schowen- „ borgh ac filii mei prænominati vna nobiscum fide data pro- „ miſerunt; quod ſi defectum aut impedimentum præfatus „ Mag. Henricus paſſus in promiſſis fuerit, ciuitatem Ham- „ borgh adiacentem intrare tenebimur, nullatenus exituri, „ quin ſeruata ſint ſingula ſuperſcripta." Euidentior vero atque expreſſior ſequens clauſula, quæ ſæpius occurrit *in document. Lubecens. cit. l. n. 89. 96. 99. 100. 103. 106. 107. 110. 111. 113.* hæc eſt: " Promiſitque idem Ioannes dicto emtori „ ſtipulanti litem, ſeu controuerſiam ſibi de dictis bonis vel „ aliqua eius parte vllo modo non inferre, nec inferenti con- „ ſentire, ſed ea cum omnibus ſuis pertinentiis, tam in PRO- „ PRIETATE, quam in POSSESSIONE, ab omni homine „ ſeu vniuerſitate ipſi legitime defendere, auctorizare, diſ- „ brigare, ac expedire ſuis laboribus et expenſis;" quæ pactio conuenit cum ea, de qua ſupra §. XI. egimus, vbi ſe ad euictionem in *petitorio* et *poſſeſſorio* adſtrinxit venditor. In diplomate de anno 1259. apud GEWOLDVM *ad Hundii metropol. Salisb. tom. III. p. 221.* epiſcopus Bambergenſis cum nobili quodam iniit compoſitionem amicabilem, atque inter alia promiſit: " item nullus de ſuis caſtellanis ſeruis aut „ ho-

Pacto huic obstagii clauſula addita.

„hominibus ipſum pignorabit, occaſione alicuius debiti bo„nis noſtris, ſed ſi factum fuerit, continuo ſine diſpendio „faciet emendari. Curabit etiam bona fide, quod nullus „extraneus ipſum in bonis noſtris debeat. Pro quibus omni„bus firmiter obſeruandis dedit nobis fideiuſſores viros di„ſcretos Henricum de Polingen, Alberonem Wallerium, „Suickerum de Vorſt et Albertum de Fuert, vt ſi prædicta „fuerint in aliquo violata, ipſi infra ſex ſeptimanas id faciant „emendari. Alioquin ſi non fuerit emendatum, hi iidem fi„deiuſſores Vilshoven intrabunt, inde non exituri, donec „ducentos lib. Ratiſpon. nobis ſoluant, ipſam totius pœnam „ſolutionis, quoties infra duos annos præſcriptos prædicto„rum aliquod fuerit violatum.

Approbatum eſt hoc pactum ab omnibus ferme Germaniæ nationibus earundemque legibus.

§. XXIII. Leges *Normannicæ*, a Dn. de LVDEWIG *tom. VII. reliq. MSCt. pag. 358.* relatæ, cum pacto adducto apprime conſpirant, vt ex his patet: “Si enim quis terram ſibi in „vadium traditam alii tradiderit, in feodum tenens ſuper „hoc ad GVARANTVM vocare poterit traditorem, qui eam „ſibi tenetur GARANTIZARE vel excambiare. Qui ſi ter„ra ipſa garantizare voluerit, ſuper ſe eius defenſionem ſu„ſcipiet, et ſi ſuccubuerit ad valorem excambiabit garantiza„to,” h. e. ad indemnitatem tenebitur emtori, qui litem venditori denunciauit. In *LL. Longobardicis lib. II. tit. 36. in l. 3.* de rebus venditis vel permutatis hæc cauta leguntur: “Si „quis commutauerit terram, agrum vel pratum aut ſyluam, „et ibi laborauerit et ædificium fecerit aut clauſuram aut vi„neas poſuerit, et poſtea ſurrexit certus homo, qui ipſum „locum ſuum faciat, et ille, qui dedit, minime potuerit „eum defendere, recipiat res ſuas, quas dedit, et inſuper „ipſum damnum reſtituat ei, quantum apprehenſum fuerit,

„quod

„quod ibi poſtea laborauit et ædificauit. Sed et de com„paratione ita ſtatuimus, ſicuti et de commutatione." Atque hoc iuris erat, ſi certo pacto de *euictionis præſtatione* nihil cautum. Accedente pacto illa inuicem inde æſtimanda erat: "Hoc autem de his cauſis diximus, vnde chartas „commutationis aut venditionis homines inter ſe non fa„ciunt: nam vnde chartulas faciunt et oſtendunt, ſic debet „eſſe, ſicut in ipſis chartulis legitur." In *LL. Wiſigoth. lib. V. lit. 4.* apud LINDENBROG. *in cod. LL. antiquar. p. 102.* ſequens prouiſio de *euictione* facta: "Quoties de vendita „vel DONATA re contentio commouetur, i. e. ſi alienam „fortaſſe rem vendere vel donare quemcunque conſtiterit, „nullum emtori præiudicium fieri poterit: ſed ille, qui alienam „fortaſſe rem vendere aut donare præſumſerit, duplum do„mino rei exſoluere cogatur, emtori tamen pretii, quod „accepit, redditurus, et poenam, quam ſcriptura conti„net, impleturus: et quid in profectum comparatæ rei em„tor, vel qui donatum accepit, ſtudio vtilitatis ſuæ acce„perat, a locorum iudicibus æſtimetur: atque ei, qui la„boraſſe dignoſcitur, a venditore vel donatore iuris alieni, „ſatisfactio iuſta reddatur." Solebat ergo in caſu euictionis venditor *certam* promittere emtori vel donatario *pœnam*, ad quam præſtandam obligabatur; ex pacto, in quo vtilitas huius conuentionis conſiſtebat, vt inde planum perſpectumque ſit, gentes Germanicas in hoc pacto magnum collocaſſe momentum et pondus, quod eo euidentius euictioni conſulatur. In *LL. Baiuuar. lit. 15. c. 4.* fere iisdem verbis lex Wiſigothorum repetitur, niſi quod de *pacto ſuper præſtanda euictione*, nihil ſpeciatim cautum legatur, cuius obligatio tamen exinde in dubium vocari nequit.

§. XXIV.

Praestatio euictionis pacto minui potest;

§. XXIV. Sicuti vero pacto præstatio euictionis ampliari; ita etiam hoc iure minui imo plane remitti potuit. Posterioris pacti speciem sistit. Dn. de LVDEWIG *tom. VII. reliq. MSCt. dipl. pag. 480. in diplomate de anno 1328.* huius tenoris: "Præterea si forsitan aliqua de prætactis sæpe dicto „filio nostro vel heredibus suis cauta fuerunt, ad euictio-„nem seu recompensam (indemnitatem) earundem ipsam „ecclesiam Halberstadiensem seu episcopum, qui pro tempo-„re fuerit, nec teneri volumus, aut quolibet obligari.". Ra-

vel generaliter promitti.

riora vero hæc pacta sunt, emtionem spei in se continentia; longe frequentiora illa, quæ *generaliter* venditorem ad præstandam euictionem obligant. Colligam adhuc quædam ex LVDEWIGII *reliquiis MSCt. diplom.* quæ confirmabunt, talia pacta et olim fuisse vsitatissima, nec absque vtilitate. In *tom. I. pag. 483.* instrumentum venditionis *de anno 1454.* hanc habet clausulam: Wir wollen auch solcher guter ihre rechte gewere sien, alß weher recht ist, alß dicke alß on dies noidt sien wirdt, ane geverde. In alio *de anno 1502. p. 490.* Wir haben auch obgenante Abt, Prior und Conuent des gemelten Closters in eine nützliche geniessende und habende gewehre der vorgeschriebenen zinßgesatz, und sien sie dorinn gegenwertiglich mit diesen brieff, und wollen die obgerürten zinse und kauffs ihre rechte gewehr sien, So offt in des noht thut gantz ungeverlich. In *tom. IV. pag, 116.* in venditionis instrumento *de anno 1289.* de præstanda euictione ita placuit: "Hos „ergo redditus sic distinctos cum omni iuris plenitudine, quo „ritu proprietarius ipsos hactenus habui possessiue, per legi-„timæ venditionis traductionem prædictorum dominorum „libere tradidi potestati, promittens fideliter, scriptorum „bonorum me velle pronum esse ac continuum in omni lo-„co ac tempore defensorem." In alio instrumento venditio-

nis

nis *de anno 1312. pag. 125.* ſimul fideiuſſor euictionis præſtandæ nomine datus fuit his verbis: Dazu ſetz ich ihm auch meinen Bruder Engelbrechten zu Pürgen, alſo ſwaz im an mir und an meinen vorgenanten Erben abget, daz er daz auß im haben ſcholl, und demnach zu einer beſſern Stettichung han ich im zu ubente wer geſazzet mein Hoff, daz Pfaffnſchlag und drittehalb Pfund geldes daz Stegraiſpach, alſo ſwatz er ſchadens nem an der egeſchrieben gult daz Paumgarten mit rechten richtig, ſo ſcholl er ſich der zwair guet underweiten, und die ſo lang in haben alz daz im das gut, daz Paumgarten ledig werd gemacht, das lob ich im auch bey meinen trewen one alle argliſt. *Tom. V. pag. 96.* formula venditionis *de anno 1315.* traditur cum hoc pacto: "Et ſi memorati „fratres impugnationem aliqualem ſeu impetitionem ſuper „præſcripta curia paterentur, nos et noſtri heredes præſen„tes et futuri obligati ſumus, eos indempnes facere peni„tus et ſolutos." Maior huius pacti neceſſitas aderat in cauſa donationis in *dipl. 79. p. 304.* memoratæ, quam Hermannus Burggrauius Magdeb. qui prouiſor ſeu tutor puerorum de Querfordt fuerat, et de illorum bonis domui Teutonicæ in ciuitate Hallenſi quid donauerat. Hæc donatio prorſus inualida erat, quod cum Hermannus iuſte reformidaret, ſe hoc modo obſtrinxit: "Si autem hanc „donationem pueri, cum adoleſcerent, ſuadentibus ſtultis „hominibus, nollent habere ratam, fideliter promitto, quod „alia bona ſiue de hereditate mea ſiue de bonis imperii, vbi „ipſis pueris vtile et commodum fuerit, in compenſationem „iſtorum libenter conferam." Indirecta hæc erat promiſſio de ſecuritate reſpectu horum bonorum domui Teutonicæ præſtanda, dum ſe obligat ad ſatisfaciendum pueris de Querfordt, ita vt nullam querelam contra domum Teutonicam

mouere queant. Porro directa indemnitatis promiſſio deprehenditur in *diplom. 83. p. 108. de anno 1322:* "promittentes cum noſtris hæredibus præſentibus et futuris prædictis „dominis, fraude et dolo malo penitus excluſis, in his ſcriptis, quod ab omni impetitione, moleſtatione, quae ſaepe fatis dominis a quoque homine humili vel ſublimi in poſterum ſuboriri poterit, indempnes penitus eripiemus et „illæſos." Recentior eſt formula *de anno* 1511. in *dipl. CXI. p. 145.* **Wir gereden und geloben auch vor uns und alle unſere Nachkommen, ſolcher Güther und Gerechtigkeit ſamt und inſunderheit dem Probſt und Capitul obgedacht auch allen ihren Nachkommen alſo frey, wie wir die gehabt zu haben und zu beſitzen, rechte gewehren zu ſein, wie wehre rechte, und wie len recht, und wie wir von rechte zu thun ſchuldig.** Similis tenoris formula eſt in *dipl. 184. de anno 1391. pag. 272.* **und wollen der guter geweren ſin, wur und wanne des not iſt oder wan ſie daß von uns heiſchen.**

Praxis huius pacti vna cum receptione iuris Romani frequentior facta.

§. XXV. Tandem praxis huius pacti ſeculo XIV. eo foecundius prorupit, quod iuris Romani ſemina hoc ævo inprimis per vniuerſam Germaniam ſparſa ab his, qui negotiis expediendis præficiebantur. In *diplomat. Quedlinburg.* a KETTNERO publicatis primum hoc *pactum* occurrit in inſtrumento *de anno 1311. pag. 438.* in quo hæc formula ſiſtitur: "Volentes eandem eccleſiam Quedlinburgenſem et perſonas ipſius de prædictis bonis ac proprietate eorundem cum omnibus ſuis pertinentiis, vbicunque, quandocunque quocunque iure debebimus plenarie WARENDARE. Rurſus *p. 445.* in *diplom. de anno 1317.* ſequens formula deprehenditur: "volentes ipſam et eccleſiam Quedlinburgenſem prædictam defendere efficaciter ab impetitione qualibet, quoties

„ties et quandocunque contra ipſas etiam eadem cuiuscun-
„que fuerit intenta.

§. XXVI. Poſſent adhuc innumera, vtilitatem pacti noſtri illuſtrantia, inſtrumenta proferri, niſi hæc ſufficere viſa fuerint pro iuris *Romani* et *Germanici* illuſtratione. Generatim obſeruo, non dubium eſſe, quin in omnibus negotiis, in quibus ſecuritas reciproca plenior neceſſaria videtur, hæc conuentio iniri poſſit: "ſemet inuicem in iure „vndequaque quæſito, ſe propugnaturos, mutuisque viri-„bus contra turbationes quorumcunque defenſuros." Obſtare quidem videtur ius Romanum antiquum, quod conuentionem de *facto tertii*, quale hoc eſſe videtur, non adeo tolleret, per §. 3. *I. de inutil. ſtipulat.* et *l. 38. pr. et §. 9. ſeq. de verb. obl.* Verum non amplius ſecundum hæc principia hodie in pactis conuentis datam fidem æſtimandam eſſe, iam ſupra *Cap. I. §. VII.* fuit monitum, præterea vero ſciendum eſt, iſta promiſſione non de *facto alieno* ſed potius *proprio* caueri, quod hanc in ſe contineat promiſſionem: *ſe curaturum et effecturum, ne fiat vis;* atque adeo non de *alieno*, ſed *proprio facto* pactum hoc reciprocum conceptum eſt, quod vtique iuxta *l. 82. pr. et l. 83. pr. de verb. obl. et tot. tit. rem ratam haberi*, etiam de ſtricto iure Romano valebit. Quo rariori exemplo vero pactum hoc adeo generale, intuitu ſecuritatis bonorum inter priuatos ob difficultatem in exequendo iniri ſolet, tanto frequentiorem illud vſum habet inter eos, qui imperii habenas tenent, et rebuspublicis præſunt, variis expoſitis bellis, moleſtiis, inuaſionibus, quarum euictionis præſtationem gentes paſſim ſuſcipere ſolent, vt iam dicendum erit.

CAPVT III.

DE VSV ET COMMODIS PACTI PRAESTANDAE EVICTIONIS, IN CAVSIS PVBLICIS.

ARGVMENTVM.

I. In causis publicis vocatur pactum Guarantiæ. II. Eius definitio. III. Quinam illud ineant? IV. Ius statuum Imperii in eodem ineundo. De guarantia sanctionis pragmaticæ Austriacæ ab Imperio suscepta. V. Duplex est vel expressum vel tacitum. An pactum successorium renunciatiuum tacitam guarantiam in se contineat? VI. Generale est vel speciale. VII. Exempla pacti generalis. VIII. Rationes pacti specialis. Principes alienæ conuentionis guarantiam in se suscipientes dicuntur fideiussores, assecuratores. IX. Guarandorum differentia a fideiussoribus, mediatoribus, sponsoribus, et obsidibus. X. Guarantia iniri solet in vim sanctionis pragmaticæ, firmari iureiurando, XI. et muniri hypotheca terrarum vel bonis in pignus datis. XII. Si pluribus guarantia promissa, quis potior? XIII. An ad omnia conuentionis momenta pertineat clausula guarantiæ? XIV. Pacti effectus. Remedia, si pacto non stetur. XV. Modi finiendi eius obligationem.

§. I.

Peculiare huius pacti nomen.

Pactum de *euictionis præstatione*, si inter eos, qui iure quodam, singulariter sibi proprio atque eminentiori, causam publicam agunt, et quietem rerumpublicarum atque prouinciarum procurant, ineatur, in peculiare quod-dam

dam moribus *gentium* transire solet nomen, siquidem id, quod in caussis priuatorum *euictio* dicitur, communiter GVARANTIA nuncupatur, ipsaque conuentio, quæ primario in hoc negotio occupata est, vocatur *Guarantiæ tractatus* vel *recessus*, vt docet *Tractat van Guarantie* inter regem Daniæ FRIDERICVM III. et confœderati Belgii Ordines *de d. 16. Aug. 1650.* apud LONDORPIVM *tom. VII. act. publ. p. 1170.* et DVMONTIVM *in corp. iur. gent. diplom. tom. VI. p. 2. p. 145.* item Kaysers LEOPOLDI Guarantie über den Altonaischen Tractat rc. Denominatio hæc origine Germanica, et in specie *Gothica* est, quod ipsum maxima vocis cum Germanica Gewehr similitudo iudicat. Olim dicebatur WARENDA, in *specul. Saxon. lib. 1. art. 46. §. 2.* et *Guarandus*, *Warendator* seu *Guarendator* euictionis promissor. *ibid. lib. 1. art. IX. §. 6. art. 47. §. 2.* Vid. etiam instrumenta et leges antiquas *cap. præced.* §. 23. et 25. adducta. Vlteriorem huius etymologiæ disquisitionem vid. apud HOTTOMANNVM *de verb. feudal.* voce *guarentare;* et CANGIVM in *glossar.* voce *Warantus*, *Warantizare*, *Warandia.* OLIVARIVS VREDIVS *in histor. comit. Flandr. tom. I. p. 320.* SCHILTER *in thes. antiqu. German. voce Ware.* Quocirca in sensu apud gentes hodie vsitato vulgatissimum atque vsitatum est, hoc nomine præstationem euictionis vulgo: die Wehrschaffts- und Handhabungs-Versicherung, in specie inter superiores, ratione commerciorum, successionis, terrarum, prouinciarum, de quibus lites, iurgia et bella imminent, significari. vid. PVFFENDORFF *ex vers. Barbeyrac. de iure nat. et gent. lib. V. cap. 5. §. 5. in fine et cap. 12. §. 7. in f.* vnde *formula* antiqua vulgata, quam sistit VREDIVS *cit. l. Et ego et heredes mei prædictas terras, prædicto N. contra omnes gentes et contra omnes homines et feminas warentizabimus, et in perpetuum defendemus per præsentes.*

 §. II.

Ratio pacti in causis publicis.

§. II. Enimuero cum nulla frequentius inter superiores occurrant negotia, in quibus plenior securitatis præstatio desideratur atque necessaria censetur, quam *confoederationes, compositiones pacis*, atque aliæ publicæ transactiones, vsus crebrior docet, pactum, quod vocant *præstandæ Guarantiæ*, hisce singulariter ad maiorem assecurationem et firmitatem adiici, et fœdera hoc quasi munimento vallari. Neque enim facile confœderatio seu pacificatio inuenitur, quæ eiusmodi cautione non fuerit instructa. Quanquam vero, vti inferius patebit, in generalibus principiis, ex iure gentium desumtis, pactum hoc cum eo, quod inter priuatos de *euictione præstanda* iniri solet, conueniat; pro ratione tamen diuersorum subiectorum et obiectorum singulares obseruationes habet, adeoque ante omnia hanc præmitto definitionem, quod sit *conuentio publica et mutua inter gentes inita de præstanda pleniori securitate intuitu eius, quod in pacificationibus, confoederationibus aliisque compositionibus determinatum, constitutum atque promissum.*

Primarium requisitum istius conuentionis.

§. III. Ex definitione apparet, præsupponi in hoc negotio, tanquam *conuentione*, consensum, et quidem talem, qui de iure gentium effectum habet, id est, deliberatum, et a tali subiecto profectum, quod efficaciter consentire valet per §. 7. *cap. I.* Ecquis vero non videt, ex hoc ipso immediate consequi, neminem pactum hoc valide inire posse, quam qui *iure belli et pacis* non tantum in actu primo, sed etiam secundo gaudet, quoniam alias promissio foret inanis, absque effectu viribusque, ob deficientem potestatem alterum ad eiusdem satisfactionem armis et milite instructissimo cogendi.

§. IV.

§. IV. Simul vero ex dictis apparet, quod, cum status imperii, fatente ipso *instrument. pacis Osnabrug. art. VIII. §. 2.* iure *belli et pacis* polleant, valide etiam atque efficaciter ab iisdem hoc modo pactum ineatur, quod etiam eos exercuisse, illustria docent exempla. Sic enim FRIDERICVS WILHELMVS, Elector Brandenburgicus *guarantiam* suscepit *armistitii vicennalis*, de quo imperatorem inter et Romanum imperium ex vna, regem vero Galliæ ex altera parte anno 1684. Ratisbonæ est transactum. vid. *art. XVI.* instrumenti desuper confecti apud LVNIG in Reichs-Archivs Fortsetzung *continuat. II. pag. 117.* Itidem in transactione prouisionali, inter electorem Coloniensem et consules ac magistratus ciuitatis Coloniensis de *d. 2. Ian. anno 1672.* inita, guarantia electoribus Moguntino, Treuirensi et Brandenburgico *art. IX.* demandata apud DVMONTIVM *cit. tr. tom. VII. P. I. p. 156.* Eodem quoque modo iam ante electores Moguntinus, Coloniensis, et Brandenburgicus pacis, inter ordines fœderatæ Belgiæ atque episcopum Monasteriensem d. $\frac{1}{11}$ *April anno* 1666. Cliuiæ initæ, facti sunt *guarentatores* seu publici fideiussores de obseruantia promissorum, apud EVNDEM *tom. VI. P. 3. p. 105. sq.* *In tractatu pacis Drauendablensi* inter regem Daniæ et ducem Holsatiæ Hottorpiensem de anno 1700. §. 14. cautum, vt præter Cæsarem, regemque Galliæ, etiam *electores* et *principes*, quos inter duos menses contrahentes nominauerint, und zu welchen ein oder ander Theil ein Vertrauen haben möchte, vt verba se habent, ad garantiam suscipiendam inuitandi essent. Recentius exemplum pariter memorabile ac illustre est susceptio assecurationis et propugnationis notissimæ illius *sanctionis pragmaticæ*, qua successionis ordo in domum Austriacam augustissimam *d. 6. Dec. 1724. Viennæ* determinatus et secundum iura domus constitutus

Status imperii valide ineunt pactum.

tutus est, a statibus imperii in comitiis *anno* 1732. facta, cuius acta exhibet IO. MELCH. de LVDOLF, in tr. *de introduct. iur. primogeniturae in append. fascic. 1. p. 1. seqq.* Praecesserat *anno* 1731. *d. 16. Martii* inter inuictissimum imperatorem et potentissimum Magnae Britanniae regem solemnis conuentio de EVICTIONE huius successionis praestanda, contra quoscunque, huius tenoris: " Quandoquidem nomine sacrae Caesareae Maiestatis saepius expositum fuit, haud diu publicam „tranquillitatem vigere ac constare, nec securam pro con„seruando duraturo in Europa aequilibrio rationem excogi„tari posse, nisi sibi generalis TVITIO, SPONSIO ET EVI„CTIO, seu, vti vulgo vocant, GARANTIA, illius suc„cedendi ordinis praestetur, quod iuxta declarationem anno „1713. emanatam in serenissima domo Austriaca obtinet, sa„cra regia Maiestas Britannica et celsi et potentes ordines ge„nerales vnitarum foederati Belgii prouinciarum tam eo stu„dio ducti, quo in tranquillitatem publicam tuendam et qui„librium in Europa conseruandum feruntur, quam intuitu „conditionum, quae vtrique huic scopo maxime inseruien„tes in subsequentibus articulis dispositae reperiuntur, vigo„re praesentis articuli garantiam modo dicti succedendi ordi„nis generalem in se suscipiunt, ac quoties opus fuerit, con„tra quoscunque praestandam spondent, promittentes proin„de, quo fieri potest, meliore ac firmiore modo, quod „omnibus viribus suis tueri, manutenere, ac, vti vocant, ga„rentigiare velint ac debeant contra quoscunque, quoties „opus fuerit, illum succedendi ordinem, quem sua Caesa„rea Maiestas in forma perpetui, indiuisibilis, ac insepara„bilis fideicommissi primogenitura affecti pro vniuersis suae „Maiestatis vtriusque heredibus instrumento solemni die 19. „April. anno 1713. prouti huius instrumenti copia ad finem „tracta-

„tractatus adiuncta reperitur, declarauit et ſtabiliuit, quique „ſubinde ab ordinibus et ſtatibus vniuerſorum, regnorum Archiducatum, ducatuum, principatuum, prouinciarum ac ditionum, ad ſereniſſimam domum Auſtriacam iure hereditario ſpectantium, communi omnium voto ſuſceptus ac grato ſubmiſſoque animo agnitus, atque in vim legis ſanctionisque pragmaticæ perpetuo valituræ in publica monumenta relatus fuit; et quemadmodum iuxta hanc ſuccedendi normam et ordinem eum in caſum, vbi annuente diuina miſericordia maſcula proles a S. Cæſ. Maieſt. Cathol. deſcendens exſtabit, primogenitus, filiorum ſuorum, aut hoc præmortuo huius primogeniti primogenitus, nulla autem de ſua S. Cæſ. Maieſt. prole maſculina exſtante, primogenitura filiarum ſuarum ſereniſſimarum Auſtriæ Archi-Ducum ac ordine iure primogenituræ indiuiſibilis nunquam non obſeruato ſuccedere iisdem debet in omnibus regnis, prouinciis ac ditionibus, quas actu ſua Cæſ. Maieſtas poſſidet, absque eo, quod vnquam ſeu fauore illorum aut illarum, qui vel quæ de ſecunda, tertia vel vlteriore linea aut gradu ſint, aut alias quacunque demum de cauſa diuiſioni vlli aut ſeparationi locus ſit, hoc ipſo quoque ordine ac iure primogenituræ indiuiſibilis in omnibus reliquis caſibus pariter obtinente ac perpetuis in omni æuo temporibus obſeruando, qui vel in linea maſculina ſuæ Cæſareæ Maieſtatis, ſi diuinum numen maſcula prole eandem bearet, vel extincta linea maſculina in linea eiusdem fœminina euenire, vel denique alias, quoties de ſucceſſione in regna, prouincias ac ditiones hereditarias ſereniſſimæ domus Auſtriacæ quæſtio naſceretur, obtingere poſſent, ita ſereniſſima ſacra Regia Britannica Maieſtas ac celſi et præpotentes domini Status Generales fœderati Belgii promittunt, ac ſeſe ob-

„ſtringunt, quod illum vel illam, qui vel quæ iuxta normam et ordinem hactenus recenſitum in regna, prouincias „ac ditiones, quas ſua Maieſtas Cæſarea actu poſſidet, ſuc„cedere debet, in iisdem manutenere, ac contra quoscun„que, qui forſan turbare hanc poſſeſſionem vllatenus præ„ſumerent, perpetuo velint ac teneantur." Facta eſt acceſſio *ordinum Generalium* eodem die, quo et *modum garantiæ* plenius determinarunt, apud EVNDEM *cit. l. p. 70.* Nec defuit voto auguſtiſſimi Cæſaris euentus exoptatus, ſed *per maiora* concluſum imperii de hoc ſucceſſionis ordine, quouis modo et contra quoscunque defendendo et propugnando, factum, et ab imperatore *d. 4. Febr. 1732.* approbatum, vt cæſareum commiſſionis decretum docet huius tenoris: Von der Röm. Käyſ. Maj. unſers allergnädigſten Herrn Herrn wegen, laſſen Seine Hochfürſtl. Gnaden, Herr Frobeni Ferdinand, Gefürſteter Landgraf zu Fürſtenberg, Graf zu Heiligenberg und Wartenberg ꝛc. des Heil. Römiſchen Reichs Fürſten, Ritter des güldenen Vlieſſes, der Römiſch. Kayſerl. Majeſt. wircklicher Geheimter Rath, und zu gegenwärtiger allgemeinen Reichs-Verſammlung bevollmächtigter höchſtanſehnlicher Käyſerl. Principal Commiſſarius &c. des Heil. Römiſchen Reichs Churfürſten, Fürſten und Ständen allhier verſammleten fürtrefflichen Räthen, Bothſchafften und Geſandten hiemit ohnverhalten: Ihro Römiſch-Käyſerl. Majeſt. hätten ſich das von geſamten Reichs wegen untern 11. kurtz verſtrichenen Monaths Ianuarii erſtattete Reichs-Gutachten, die von allerhöchſt Denenſelben neulich an die geſamten Churfürſten, Fürſten und Stände des Reichs gnädigſt geſonnene Gewährung oder Garantie über die in Ihrem Durchlauchtigſten Ertz-Hauſe eingeführte und von Käyſerl. Majeſt. unterm 19ten April 1713. erklärte Erb-Folg-Ordnung

nung betreffend, gebührend vortragen lassen, und daraus zu Ihrem gnädigsten Wohlgefallen und besonderer Dancknehmigkeit wahrgenommen, mit was tiefer Einsicht, zeitigem Rath, teutschgemuthetem Eifer, getreulicher Sorgfalt und Wohlmeinung Churfürsten, Fürsten und Stände des Reichs und deren vortreffliche Räthe, Botschaften und Gesandten die Wichtigkeit dieses gemein angelegenen Gesinnens haben erwogen, und zu obbemeldten der hierunter, wie jederzeit, und in allen kundbar an Tag gelegten Käyserl. Reichs-Väterlichen Vorsorge und heilsamen Absichten gantz gleichförmigen allgemeinen Reichs-Schluß nunmehr befördern wollen.

Gleichwie nun ein so Ruhm-würdiger teutsch-patriotischer Schluß, als die wahre Grund-Veste des künftig beständigen Ruhe-Standes von innen, und steter Sicherheit gegen alle auswärtige feindselige Ausfälle; nicht weniger als das kräftigste Mittel zu unverbrüchlicher Handhabung der alten Verfassung, Freyheit und gemeinen Wohlfahrt des teutschen werthen Vaterlandes billig anzusehen und zu achten seyn; Also wolten auch Käyserl. Majest. der teutschen Nachwelt zu immerwährender heilsamer Auferbauung und tapferer Nachfolge, obangezogenes stättliches Reichs-Gutachten vom 11ten vorigen Monats, hiemit nach allem seinen Inhalt gnädigst gut geheissen, genehmet, und ratificiret haben. Setzeten auch zu deren Chur-Fürsten, Fürsten und Ständen patriotischen Gemüths-Standhaftigkeit das ungezweifelte Käyserl. gnädigste Vertrauen, daß, gleichwie Ihro Käyserl. Maj. dem Römischen Reich, auf alle unverhoffte widrige feindliche Gefahr und Angriffe, die nöthig mit verbundene Hülffe angedeyen zu lassen, niemal entstehen würden, also auch dieselben samt und sonders dasjenige, was hierauf als dem gemei-

nen teutschen Wesen zum besten, mit zeitig und höchst-rühmlichen Rath nunmehro zu gemein kündiger Obliegenheit, mithin zu ordentlicher Reichs-Satzung erwachsen ist, vors künftige mit gleicher Liebe, Treu und Eifer vor das werthe Vaterland, dessen Ruhestand, Frey-Sicherheit und Wohlfarth unter zuversichtigen allmächtigsten Beystand GOttes, mittels unzertrennlicher näherer Zusammensetzung (als wovon mit dem allgemeinen Heil auch die Sicherheit eines jeden insbesondere mit abstammet,) allezeit mehr und mehr zu handhaben, gäntzlich würden entschlossen seyn: Wo anbey Ihro Käyserl. Majest. für die Allerhöchst Denenselben und Dero Durchlauchtigen Ertz-Haus hierunter zugleich mit wiederfahrne, willfährige Bezeigung Ihre besondere Käyserliche Dancknehmigkeit und Erkäntniß gegen Chur-Fürsten, Fürsten und Stände des Reichs auch Dero anwesende fürtreffliche Räthe, Botschaften und Gesandte mit gnädigster Versicherung wiederholet, womit höchstermeldete Ihro Hochfürstl. Gnaden des Heil. Römischen Reichs Chur-Fürsten, Fürsten und Ständen vortrefflichen Räthen, Botschafften und Gesandten mit Freund-geneigt und gnädigen Willen, wohlgethan verbleiben. Necessaria fuit statuum imperii comitialis approbatio, vt prædictum Cæsareum decretum *de anno* 1724. vim *pragmaticæ sanctionis* in *imperio* haberet, et per modum *legis publicæ imperii* valeret, adeoque simul inde liquet, an et quatenus per maiora et votorum pluralitatem hoc negotium perfici potuerit? de quo apud EVNDEM *cit. l. p. 165.* deductio solida occurrit, excussa hac quæstione: Ob *in materia garantiæ* die *maioritas votorum* einen förmlichen festen Reichs-Schluß machen, und auch diejenigen *status*, so entweder anderer Meinung desfals gewesen, oder aber sich wegen ihrer *votorum* gar nicht *positiue* herausgelassen, anitzo

itzo und in das künftige, *existente casu in vim constitutionis publicae* verbinden könne? Cum vero praesenti tempore omnium vota et exspectatio ad pacem solidam ineundam directa sint, et laetior spes eius iam affulserit, indubium est, etiam has *de pragmatica sanctione* subortas lites inter belligerantes exoptatum sortituras euentum, et eandem tandem a gentibus Europaeis generatim approbatum, et per solidam *garantiae* clausulam munitum iri.

§. V. Est autem pactum de garantia publica praestanda duplex, vel *expressum* vel *tacitum*. *Illud* est, quod expressis et disertis est determinatum verbis, expressaque obligatione firmatum. *Tacitum* est, quod ex natura negotii fluit, et ita ad naturalia eiusdem spectat, quale etiam in negotiis priuatorum locum habet. Notari hac occasione meretur quaestio illustris suborta intuitu renunciationis, a domo Saxonica et Bauarica ratione sanctionis pragmaticae factae, quam refert saepe iam memoratus Dn. DE LVDOLFF *cit. l. p. 8. seqq.* Ob die *renunciation* auf die *Succeßion* bey Vermählung Königl. Chur- und Fürstl. Personen eine *garantiam tacitam* in sich halte, vbi simul *pag. 75. fascic. IX.* rationes admodum praegnantes pro affirmatiua adducuntur, quas hic in compendio adponere liceat. Recte videlicet, meo iudicio, principii loco adductum, (α) successioni lineali factam renunciationem semper continere *conuentionem successoriam*, quae non immerito pro *negotio oneroso* habenda, cui euictionis praestatio naturaliter inest: (β) grauitati eiusmodi causarum, quae successionem vniuersarum regionum atque prouinciarum concernunt, nec non personarum dignitati esse conuenientissimum, vt de *garantia praestanda* cogitatum inter ipsos fuisse praesumatur: (γ) relatiuam quandam obligationem hic

Garantia promissio est vel expressa, vel tacita.

enaſci, ſiquidem prior ex linea hereditaria ſuccedens proxime ſubſequenti lineæ de euictione cauere debet, adeoque ex paritate rationis atque conditionis eadem obligatio pro ſucceſſione ex renunciatione reſultet: (δ) rationem atque naturam ipſius renunciationis poſtulare, vt hæc clauſula ſubintelligatur, quoniam alias inanis eadem atque nullius foret effectus: non obſtare (ε) quod princeps abſolute cogi non poſſit ad alienarum terrarum euictionem ſuſcipiendam, quoniam hic ex *conuentione tacita* ad id obligatur: (ς) ipſa conventionis verba indicare iſtud, quibus in hac renunciatione de defenſione contra quoscunque turbantes ſiue contrauenientes, adeoque aliqua ex parte expreſſe de garantia cautum eſt: nihil quoque impedire, (ζ) quod eiusmodi garantiæ promiſſio ſpecies *foederis* ſeu *conuentionis publicæ* ſit, quæ ſemper paciscentium voluntatem ſupponat; dum ad præſtandam hancce euictionem ex natura negotii maxime momentoſi et iuridica et politica adſit obligatio; accedere (η) quod eiusmodi conuentiones ſucceſſoriæ tam renunciatiuæ quam reſeruatiuæ eo firmiores eſſe debeant ratione euictionis, cum per iurata acceptationis atque adhæſionis inſtrumenta fuerint corroboratæ.

Generalis vel ſpecialis.

§. VI. Varie etiam hæc *guarantiæ præſtatio* pro ratione circumſtantiarum determinari poteſt et ſolet. Aut enim ad *omnia* antecedentis negotii *capita* extenditur atque *omnes* eiusdem *perſonas:* aut vero ad *certas* tantum *cauſas* vel *perſonas* reſtringitur. Priori caſu dicitur *generalis*, poſteriori vero *ſpecialis*. De vtraque in ſpecie videamus.

Exempla generalis.

§. VII. *Generalis* garantiæ promiſſionis ſpecimen habemus in *pace Monaſterienſi*, vi cuius ita ſeſe *generaliter* impera-

perator et rex Galliæ obligarunt: "Omnes et singuli huius „transactionis consortes vniuersas et singulas huius pacis le„ges contra quemcunque sine religionis distinctione tueri et „protegere volunt"; quæ etiam clausula iisdem verbis paci Osnabrug. *art. XVII. §. 5.* adiecta est. Nec minus pacem Oliuæ anno 1660. inter regem Sueciæ et Poloniæ conclusam apud DVMONTIVM *tom. VI. P. II. corp. iur. gent. diplom. p. 309.* *generali* eiusmodi *guarantia* corroboratam fuisse, vel *art. eiusd. XXXV.* docet, cuius hæc sunt verba: "Promittunt su„pra memoratæ partes paciscentes, omnes tam principales „quam fœderatæ, se hanc transactionem et pacem, omnes „eius articulos, capita et clausulas inuiolabiliter seruare vel„le et debere, et ne inposterum violari queat, se inuicem „ad GENERALEM GVARANTIAM et EVICTIONEM „mutuam ac defensionem reciprocam obstringunt." Pariter in triplici illa inter Franciam, Magnæ Britanniæ Regnum et Batauiæ prouincias anno 1717. Hagæ Comitum firmata confœderatione generaliter *art. V.* ita pactum est: "Que les dits „Serenissimes Rois et les dits Seigneurs Etats generals pro„mettent leur guarantie reciproque pour l' execution de tou„tes les conuentions contenües dans les dits articles." *In armistitio* supra memorato vicennali eodem modo *art. XVI.* securitas *generalis* est promissa.

§. VIII. Specialis guarantiæ determinatio iterum variat. Aut enim (1) *extraneo*, id est, ad quem principalis conuentio primario non spectat, committitur, atque tunc assecuratores in specie *fideiussores* dicuntur, quod factum in *pace Velaviensi de anno 1657. art. 22.* et *in instr. pacis Nouiomagens.* quod anno 1679. Cæsarem inter et Sueciæ regem, vti et eo, quod eodem tempore inter Cæsarem et regem Galliæ *Specialis guarantia varia determinatio.*

Galliæ initum, *art. eiusd. VIII.* vbi rex magnæ Britanniæ pro *guarando* assumtus est. Idem contigit in *pace Vltraiectina* anno 1713. inter Galliæ et Borussiæ regem celebrata, in cuius *art. XI.* Annæ, reginæ tunc temporis Magnæ Britanniæ, guarandæ vices sunt oblatæ. (II) Aut vero *vni tantum* ex iis, quorum principaliter res agitur, *guarantiæ* præstatio suscipienda datur. Sic in pacificatione, quæ in vico *Saint Germain d. 29. Iun.* anno 1679. inter reges Galliæ et Sueciæ ex vna, electorem vero Brandenburgicum ex altera parte conclusa, guarantiam vi *art. XVII.* rex Galliæ suscepit. In confœderatione anno 1713. Vltraiecti inter reginam Magnæ Britanniæ et regem Galliæ inita, cautum est super euictione a regina Britanniæ vi *art. XXIV.* Denique anno 1720. d. 21. Ian. in fœdere inter Vlricam Eleonoram, Suecorum reginam et Georgium magnæ Britanniæ regem apud DV MONTIVM *in corp. iur. gent. diplomat. tom. VIII. P. II. p. 20.* successio in magnam Britanniam mediante guarantia stabilitur hoc modo: "Porro se obligat dicta sacra maie„stas Sueciæ pro se, suis heredibus et successoribus ad MA„NVTENENDAM et GARANTIGIANDAM successionem „in regno magnæ Britanniæ, quemadmodum ea per leges „regni stabilita est in domo suæ maiestatis Britannicæ modo „regnantis, prout etiam ad defendendas vniuersas ditiones „et prouincias a sua maiestate possessas etc.

Guarantia personalis quanam sit?

§. IX. Atque hæc quidem *specialis guarantia* dici solet *personalis*, quod nimirum paciscentes se ipsos conuentionis suæ defensores fore promittant, atque hinc etiam *Guarandi* dicantur. Hi distinguuntur (I) a *fideiussoribus*, quales dicuntur *extranei*, qui spondent securitatem, et alias *sponsorum pacis* nomine veniunt, de quibus speciali dissertatione egit

egit VLRICVS OBRECHT: (II) a *mediatoribus;* hi enim tantum negotii pararii ſunt, atque ex ipſo negotio neutiquam in illos redundat obligatio; conſilii publici enim cauſa tantum interueniſſe cenſentur, totumque negotium non obſtante mediatore in voluntate partium eſt ſitum, prout etiam accurate diſcernuntur in pace anno 1660. Hafniæ concluſa inter Sueciæ et Daniæ reges *art. 24. n. 2.* Nec minus (III) diverſi ſunt *guarandi* a *ſponſoribus*, qui priuata auctoritate ac iuſſu ſuperioris pacem vel fœdus cum hoſte feriunt, non tamen *guarandi* dici poſſunt, cum nullo belli et pacis iure gaudeant per §. 3. de qua ſpecie agit B. THOMASIVS *de ſponſione Numantina* it. *de ſponſione Caudina.* Denique quomodo differant (IV) ab *obſidibus*, vulgo geiſſeln, per ſe patet, cum loco *pignoris* dentur, verumtamen tales aſſecuratores haud dicendi, de quibus hic agimus.

§. X. Pro ratione atque voluntate paciſcentium ſolet nonnunquam *ſpecialius* hoc pactum circumſcribi. Ita enim pro maiore pacificationis ſecuritate clauſula prægnantiſſima interdum additur, quæ addita eſt paci Osnabrugenſi *art. XVII. §. 5. vt ſit perpetua lex atque PRAGMATICA SANCTIO in poſterum, æque ac aliæ leges et conſtitutiones fundamentales imperii etc.;* et formulæ renunciationis Imperatoris inuictiſſimi CAROLI VI. in regna Hiſpaniarum et Indiarum de anno 1718. apud DVMONTIVM *in corp. iur. gent. diplom. tom. VIII. P. I. p. 542.* in qua hæc verba leguntur: „Confirmamus approbamusque eam a nobis factam renunciationem regnorum Hiſpaniarum et Indiarum, volentes „ac ſtatuentes eam habere vim LEGIS PVBLICAE et SANCTIONIS PRAGMATICAE etc." quæ clauſula operatur, vt, cum pactum alias regulariter nonniſi paciſcentes obliget, *Specialiores guarantiam præſtandi modi.*

hoc tamen in *vim legis uniuersalis* transiuisse omnesque obligare, adeoque eum, qui hanc conuentionem violauerit, *legem publicam* violasse censeatur. Eundem in finem, vt nimirum eo sanctior sit huius pacti obseruatio, interdum etiam *clausula iurata* pactum istiusmodi munitur, quod factum in pace Gallos inter et Hispanos in vrbe *Aquisgranensi anno 1668.* corroborata, cuius articulus finalis ita sese habet: *En autres ont promis et promettent les dits plenipotentiaires, que le dit seigneur Roi très chretien, le plus tot qu'il se peut iurera solemnellement sur la croix, l'evangile, canon de la messe et sur son honneur d'observer et accomplir pleinement, reellement et de bonne foi tout le contenû ou ærticles du present traité.* Eadem *iurisiurandi formula* continetur in pacificatione, quæ anno 1659. in insula a *Phasianis* dicta super flumine Vidasso in confiniis montium Pyrenæorum inter eosdem reges confirmata *art. CXXIV. §. 2.* Pari modo in confœderatione Belgica inter Angliæ protectorem OLIVARIVM CROMVEL et Belgas *anno 1654. Westmonasterii* conclusa *art. XXXII.* partes promiserunt, *Sancte etiam cum iuramento, quantum possint, se religiose obseruaturos et executioni, quod ad eos spectat, mandaturos et curaturos, vt ab aliis obseruentur et executioni mandentur.*

Iurata guarantia species.

Assecurata guarantia promissio.

§. XI. Interdum etiam ordinariæ garantiæ præstationi accedit promissio de bonis quibusdam certis imo omnibus *hypothecæ* loco supponendis, atque tunc illa per eminentiam dicitur *Assecurata*, de qua vid. *recess. imper. de anno 1654. item recess. execut. §. 16. 18. 20. 38. 39.* Exemplum eius habemus in supra memorata pace Pyrenæa eiusdemque *art. XXIV. §. 2.* in quo hæc verba: "Nos plenipotentiarii promisimus sub obligatione omnium et singulorum bonorum et statuum præ-
„senti-

„ſentium et futurorum, regum, dominorum noſtrorum, „quod per ſuas maieſtates inuiolabiliter obſeruabuntur et „implebuntur omnia." Ita quoque cum in *pace Oſnabrug. art. XVI.* conueniſſet, vt regi Suecorum pro militum exauctoratione a circulis imperii ſoluerentur quinque myriades thalerorum imperialium, ſtatus guarantiam huius pacti *art. cit. XVI. §. 12.* ſequenti modo promiſerunt: "Vt autem regia maieſtas Sueciæ eo ſecurior certiorque ſit de infallibili „ſingulorum terminorum præſtatione, ſinguli ſeptem dictorum circulorum electores et principes et ſtatus vigore huius conuentionis ſe, ad ſuam quisque quotam, condicto „tempore locoque ſoluendam, ſponte atque SVB HYPOTHECA OMNIVM BONORVM obligant." Accedit etiam non raro huic promiſſioni *traditio* quædam *realis interimiſtica* certorum bonorum, quod factum eſſe docet *hiſtoria pacis Oſnabrugenſis*, vbi, cum Hiſpani moras necterent in euacuando principi ſereniſſimo electori Palatino oppido Franckenthal, interim in ſecuritatem ipſi data eſt vrbs Hailbronna, cum pertinentibus, munimento, tormentis bellicis, munitionibus et prouiſione, donec in alterius poſſeſſionem mitteretur. vid. *conuent. principal. pacis. §. 45. ſeqq.*

§. XII. Cum in hoc pacto, tanquam inter ſuperiores, vnice *iuris gentium principia* obſeruentur, facile inde quæſtio decidi poteſt, quis præferendus, ſi *pluribus* diuerſo tempore guarantia promiſſa fuerit? facilis enim erit reſponſio, perinde vt in cauſis priuatorum, *tempore priorem* etiam iure eſſe potiorem, quod priori ius potius ſit quæſitum præ poſteriori, in cuius præiudicium nihil fieri potuit. *Quis potior in hoc promiſſo?*

An extendi possit pro lubitu hoc pactum?

§. XIII. Vi principii generalis quod supra *cap. 1. §. 7. lit. d.* præmissum, constat, in huius quoque pacti obligatione diiudicanda, *determinationi partium* vnice esse inhærendum. Ex quo iterum concludo, clausulam *guarantiæ*, conventioni cuidam specialiter adiectam, ad eius *additamenta* et *accessiones* indistincte extendendam non esse; verum distinguendum, vtrum in *continenti*, an vero post aliquod demum *temporis interuallum* sit adiecta? Priori casu omnino *clausula guarantiæ*, ad ea tanquam accessoria immediata principalis obligationis, trahi poterit, minime tamen posteriori, nisi expresse extensio desuper facta inueniatur. Quare studio eiusmodi *clausula extensiua* adiecta est transactioni prouisionali electoris cum ciuitate Coloniensi an. 1672. initæ, et expresse idem in sæpe allegato *recess. pacis execut. §. 10.* provisum: "In instrumento contenta generalis guarantia continue, cum omnibus suis dispositionibus, assecurationibus, „clausulis et cautelis etiam ad hunc præliminarem et principalem recessum extenditur, et cum pari operatione de eo „intelligitur.

Effectus huius pacti est obligatio, quæ inde resultat.

§. XIV. Quod si igitur hac ratione guarantia promissa sit, obligantur ii, quibus eius præstatio demandata, siue sint ipsæ partes siue alii, ne patiantur aliquid fieri contra conventionem et casus in fœdere expressos. Verum si aliquo modo contrauentum sit conuentioni, non statim violentia, bello, aut vi armata contrauenientem cogendum esse, ipsa æquitas suadet; sed quemadmodum inter priuatos ante omnem rixam *amicabilem compositionem* tentare, officio iudicis incumbit: ita et hic eodem tramite erit ingrediendum, vt moratiorum gentium recentiora exempla demonstrant. Solent enim hoc ipsum partes expresse conuentioni addere, prout

prout istud factum in pace Osnabrug. *art. XIV. §. 5.* hac formula: "Si quid eorum a quocunque violari contigerit, læ-„sus lædentem, inprimis quidem dehortetur, causa ipsa vel „amicabili compositioni vel iuris disceptationi submissa"; imo §. proxime subsequenti, spatium certum, *trium* nimirum *annorum*, præstitutum, intra quod terminetur controuersia, quo non facto cautum est, vt tunc *omnes et singuli huius transactionis consortes, iunctis cum parte læsa consiliis viribusque arma sumere teneantur ad repellendam iniuriam, quod nec amicitia nec iuris via locum inuenerit, et nulli liceat ius suum vi vel armis prosequi.* Distinctius adhuc in *pace Oliuiensi art. XXXV. §. 2.* in fine conclusum, *vt omnium guarandorum nomine commissio generalis constituatur ad læsi confinia intra spatium quatuor mensium, qua intra deputatos vtrinque commissarios negotium discutiatur, et, si possibile erit, intra quatuor alios menses terminetur.* Quod si vero guarentatores debitam securitatem siue hoc siue alio modo non præstiterint, illi ex sua parte ad indemnitatem læso erunt obstricti; alias etiam contra hos iusta belli causa cooritur, modo manifestum atque in propatulo sit, casum, de cuius *guarantia* præstanda agitur, in fœdere contineri. Idem quoque in *confœderationibus* caueri solet, vt ante hostilitatem confœderatus quæuis efficacia officia interponere obstrictus sit ad satisfactionem læso impetrandam. Hoc ipsum prouisum est in fœdere anno 1686. d. 10. Febr. inito inter regem Sueciæ CAROLVM XI. et FRIDERICVM WILHELMVM, electorem Brandenburgicum, apud LVNIGIVM im teutschen Reichs-Archiv *part. spec. contin. II.* Absatz *III. p. 189.* Verba huc pertinentia hæc sunt: "Tenebitur tamen requisitus EFFICACIA quæuis „interponere OFFICIA, ad obtinendam parti læsæ æquam „satisfactionem. Et siue officia illa futura sint frugifera, si-

„ve irrita, nihilominus „requisitus adstrictus erit ad auxilia „ex pactorum formula submittenda, et ad eadem eousque „continuanda, donecpars læsa priori statui, in quo ante tur-„bationem vel inuasionem fuerat, plenarie restituatur, da-„mnumque sarcitum atque iniuria illata debite reparata sit.„

Modi finiendi obligationem ex hoc pacto.

§. XV. Restat, vt vltimo loco adhuc de modis obligationem, quæ ex hoc pacto resultat, finiendi agamus. Quod igitur (1) ad *mortem guarentatoris* attinet, non indistincte dici poterit, eadem tolli obligationem intuitu heredum, sed distinguendum, vtrum heres sit *patrimonii* an vero regni, quod defunctus habuit? Priori casu non tenetur heres hoc pactum suscipere, bene tamen posteriori, quoniam defunctus, qua possessor regni, *guarandus* factus censetur ex ratione §. 3. adducta. Cauere etiam de hoc passu solent sibi partes, cuius exemplum exstat in *pace Oliuensi art. XXXVI.* vbi rex Galliæ *pro se et successoribus suis regibus Galliæ* guarantiam est stipulatus. Deinde (2) generalis modus finiendi obligationem istam indubitato, prout in omnibus conuentionibus, partium erit *dissensus* et mutua hostilitatis susceptio, qua quæuis vincula soluuntur; aut si (3) pars vna alteraue ob incogitatam quandam *mutationem*, v. g. ob aduersam belli fortunam, inhabilis plane ad guarantiam præstandam aut subsidia mittenda redditur. Hoc speciatim prouisum in *foedere §. XIV. in f.* adducto de *anno 1686.* "Si „vero requisitus vel auxiliator ipse inuasione vel violentia a-„liqua obruatur, adeoque auxiliaribus copiis ad propriam „suam defensionem atque incolumitatem tuendam, siue in „totum siue ad partem eguerit, ad mittendas suppetias haud „obligabitur." Denique (4) si certa *lex* vel *conditio* ab initio

initio conuentioni fuerit dicta, sub qua obligatio inde nata resoluta est.

§. XVI. Sufficiat vero ex hisce prolatis, tam in publicis quam priuatis negotiis, exemplis demonstrasse, quis sit huius pacti de *praestanda euictione* vsus, quibusque coniunctum sit emolumentis. Plura hinc inde addenda fore, ego quidem nullus dubito, sed quoniam prolixior amplissimae huius materiae pertractatio iustam pro ratione dissertationis compaginem excederet, hic potius labori imponam coronidem. Conclusio.

EXERCITATIO LXIII.

AD LIBR. XXII. PAND. TIT. I.

DE

FVNDAMENTO VSVRARVM PECVNIAE MVTVATICIAE.

ARGVMENTVM.

I. Fata Vsurarum in Germania introductarum. II. Pecunia mutuatitia et Vsurae quid? Examen definitionis a canonistis propositae. III. In mutuo vsurae iure Rom. ex stipulatione, non ex pacto, IV. in negotiis bonae fidei officio iudicis debentur ex mora vel ob vsum. V. Sententia interpretum, qui mutuum habent pro contractu stricti iuris. VI. Eius confutatio. Differentia contractuum bonae fidei et stricti iuris. VII. Contractus iuris gentium non sunt stricti iuris. VIII. Mutuum est contractus iurium gentium: ex aequo et bono aestimatur:

com-

compensationem ipso iure admittit. Explicatur sententia Neratii in L. 4. de compens. Argumentum a condictione indebiti. IX. Soluitur dubium ab vsu actionis de eo quod certo loco in mutuo foenebri, X. et ab vsuris in mutuo non nisi ex stipulatu debitis. Huius ratio ex natura contractus gratuiti. XI. Inde pactum vsurarum inefficax. Rationes Noodtii expensae. XII. Diversa ratio contractus depositi, respectu deponentis, gratuiti. XIII. Ex stipulatione, tanquam ex speciali causa, vsurae debentur in mutuo. XIV. Cur ex mora non debeantur? XV. Cur debeantur in antichresi? XVI. Iure singulari debentur ex pacto ciuitatum ex mutuo frumenti, ex traiectitia pecunia et foenore argentariorum. XVII. Vsurae improbatae nonnullis gentilibus Philosophis, XVIII. deinde sec. III. patribus et canonibus, praesertim quoad clericos. XIX-XXII. Fata huius doctrinae a seculo IV. vsque ad sec. XVI. XXIII. Seruatae in commercio sunt vsurae aduersus Canonum prohibitionem, XXIV. sed inuolucro aliorum negotiorum tectae. Inde annui reditus, excogitata societas commercii inter debitorem et creditorem, montes pietatis, et id quod interest. Sententia Carpzouii de vsuris ecclesiae. XXV. Rationes prohibitionis canonicae examinantur. XXVI. et XXVII. Fata vsurarum in Germania sec. XIII. et XIV. XXVIII. Antichreses in Germania frequentes et approbatae. XXIX. Vsurae vario colore probatae, quamvis modus earum legibus imp. non sit definitus. XXX. Tandem quincunces definitae in casu morae, vel si conventione, id, quod interest, promissum. XXXI. Conventionales probatae in Recessu Nouiss. XXXII. Dispositio iuris Lubecensis de vsuris.

§. I.

§. I.

TACITVS *de moribus German.* antiquos Germanos in hoc a Romanis inter alia distinguit, quod Romanis *foenus* exercere, vsurasque ex pecuniis aliisque rebus fungibilibus exigere et stipulari, in more positum; Germanis autem tale commercium vsurarium prorsus ignotum, imo odio habitum fuerit. Ait: " Foenus agitare et in vsu„ras extendere ignotum, ideoque magis aueriantur, (vulg. lectio habet erronee *seruatur*) „quam si vetitum esset." Nummorum studio et cupiditate non ardebant, quorum vsu plerique abstinebant, *simplicius et antiquius permutatione* vtentes, nisi quod Romanis *proximi ob vsum commerciorum aurum et argentum in pretio habere, et formas quasdam pecuniae Romanae agnoscere atque eligere coeperint*, EODEM teste; qui et haec subiungit: *pecuniam probant veterem et olim notam, serratos bigatosque*, quorum nummorum meminit PLINIVS *lib. XXXIII. c. 14. n. 4.* et illustrationem subiungit IO. HARDVINVS *in not. ibidem.* In hac simplicitate non diu substiterunt, postquam Rhenum Danubiumque accolentes quotidiano vsu moribus Romanorum infecti sunt, qui pedetentim etiam reliquos Germaniae populos a prisco vsu viuendi deduxerunt, adeo vt de illis HERODIANVS *lib. VI.* iam suo aevo scripserit: *Sunt Germani pecuniae admodum auidi, semperque Romanis pacem venalem habent.* His moribus iam ab antiquo vixerunt Romani, et eisdem imbuerunt viciniores Germanos, vt cupiditas habendorum nummorum atque augendorum tandem quoque *vsuras* et *foemus* admiserit. Sed ecce, noua rursus metamorphosis visa et audita. Quod veteres Romani gentiles in pretio habuerunt, id damnatum ab *ordine sacro*, inprimis pontifice Romano, qui omnem *vsurarum*

Germanis antiquitus vsura ignota.

ex commercio cum Romanis vsuras tandem receperunt.

a clero paulo post interdictas.

rarum vſum per edicta, decreta et fulmina eccleſiaſtica eliminare atque proſcribere ſtuduit, ipſis decretalibus teſtibus. Germani rurſus hæc Romanorum ſcita parcius admiſerunt, et odorem vſurarum, quo diu imbuti erant, vt plurimum conſeruarunt, vt tot fulmina ex Vaticano emiſſa eas tollere atque abolere haud potuerint. Denique legibus tum *particularibus* tum *vniuerſalibus* quoque praxis haec confirmata, præſertim poſtquam ius Romanum per totam Germaniam in obſeruantiam deduci, et in *ius* quoddam *commune* abire cœpit. Atque hoc iure adhuc viuimus; et quamuis *vſurarum* latiſſimus ſit ambitus, vt per omnes contractus ſeſe diffundat, primario tamen illæ in *pecunia mutuatitia* ſeſe exſerunt, et quotidianum vſum habent. Hac ratione ductus de *vſuris pecuniæ mutuaticiæ* agere conſtitui, præſertim cum deprehenderim, in hoc themate *ius Romanum* variis difficultatibus expoſitum, *ius canonicum* præiudiciis erroneis infectum, *legesque Germaniæ vniuerſales* et *particulares* nouis additamentis auctas fuiſſe, inter quas præcipue *iuris Lubecenſis* ſcita enarrabo.

rurſus in contrarium euntibus Germanis.

tranſitus ad propoſitum thema.

§. II. Facile autem datur intelligi, me de *vſuris pecuniæ mutuaticiæ* vel ideo hic tantum ſollicitum eſſe, quod commercio vſurarum in ea primario locus ſit. Dicitur autem *pecunia mutuaticia*, quæ a debitore ex mutuo debetur, ſicuti *mutuatica* illa ipſa eſt, quam creditor mutuo dedit. Ait GELLIVS *lib. XX. c. 1. p. m. 669. hanc autem fidem maiores noſtri non modo in officiorum vicibus, ſed in negotiorum quoque contractibus ſanxerunt, maxime in* PECVNIAE MVTVATICIAE *vſu atque commercio. adimi enim putarunt ſubſidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, ſi perfidia debitorum ſine graui pœna eluderet.* Sicuti vero paſſim

Primarius vſurarum vſus in pecunia mutuaticia,

cuius denominatio traditur,

vſuræ

vsuræ quoque *fœnoris* nomine veniunt in iure; (quamuis strictius ab eis differant, docente SALMASIO *de vsur. c. II. p. 23. seqq.*) ita eodem sensu *fœneraticæ cautionis* fit mentio *in l. 25. C. de administ. tut. et l. 11. §. 2. C. de non numerat. pecun.* secundum codices probatos, quemadmodum etiam *fœneraticiæ cautiones* et *instrumenta fœneraticia* memorantur in *l. f. C. de pact. conuent. l. f. C. de non numerat. pecun. l. 14. C. de contr. et committ. stipul. l. 14. §. 2. C. de non numerat. pecun.* ex quibus vel creditor vsuras petit, vel debitor soluit. Porro mutuum quidem non tantum in *pecunia* contrahitur, sed ad quascunque res *fungibiles* porrigitur, & ita quoque ex his vsuræ peti possunt iuxta *l. 12. l. 23. l. 25. C. de vsur. Nou. 84.* conf. ANTON. CONTIVS *lib. II. lection. subseciuar. c. 2.* Sed cum vsurarum commercium parcius in his sese exserat, solius *pecuniæ mutuaticiæ* rationem habebo. Est itaque *vsura pecuniæ mutuaticiæ* nihil aliud, quam *accessio* (vt vocatur in *l. 12. C. de vsur.*) vel *merces pro vsu pecuniae mutuo datæ ex iusta causa debita.* Equidem *merces* proprie loquendo pro rerum non fungibilium vsu praestatur; nihil tamen impedit, quo minus id, quod pro vsu pecuniæ creditæ datur, et quæ *in genere* restituitur, *merces* dici queat, quia id agitur in *vsurarum* præstatione, ne vsus pecuniæ sit *gratuitus*, sed *præstatione* quadam *pecuniaria*, in qua proprie dicta *merces* consistit, compensetur, adeoque in *l. 58. §. 6. ad sct. Trebell. fructus vsuræ et mercedes prædiorum* æquiparantur, et in *§. 6. cit. l.* additur, *sortium vsuras propter vsum earum* percipi. Qui cum canonistis faciunt, illas tradunt esse *lucrum supra sortem exactum tantum propter officium mutuationis*, in qua definitione duplex error est, tum ratione *generis*, tum ratione *finis*. Equidem adlatum genus vel ideo eligunt, vt causae suae, quam defendunt, seruiant, de quo

definitio vsurarum pecuniæ mutuaticiæ,

definitio Canonistarum reprobatur.

 infra,

vſurae non ſunt lucrum.

infra, quod recte reprobat SALMASIVS *cit. l. c. 5. p. 95. Lucrum* proprie loquendo in eo non eſt, quod ob *compenſationem vſus* vel *rei* ſoluitur, adeoque *mercedem* qui capit, *lucrum* facere non dicitur, cum potius *æquipollens* pro *vſu* rei accipiat, qui æque compenſari poteſt per æquipollens, vt cæteræ res quæcunque. Quemadmodum vero illi, qui res ſuas permutant, qui *pretium iuſtum* pro re accipiunt, *lucrum* non accipiunt, ſed rem ſuam cum re alterius commutant, niſi vltra *iuſtum valorem rei* quid forſan ceperint; ita pariter qui vſuras pro vſu pecuniæ probatas accipit, *lucrum* non percipit; ſed id quod pro *compenſatione vſus* debetur, niſi modum legitimarum vſurarum exceſſerit, quippe quod mero lucro accenſendum, quia modum compenſandi lege determinatum excedit. Recte omnino SALMASIVS *cit. l. p. 96. Locatur pecunia, quæ fænore datur, non alio modo quam ædes aut ager aut opera, pro quibus merces exigitur ab his, qui ea conduxerunt.* In ſenſu *grammatico* non *iuridico* hæc accipienda eſſe palam eſt, cum conſtet, in ſenſu iuris proprie res fungibiles non locari. Analogia tamen et paritas quædam adeſt inter vſum rei *nonfungibilis* locatum, et vſum *pecuniæ* conceſſum pro vſura, quæ eam denominationem ſenſu forenſi obtinuit, quod pro *vſu pecuniæ* ſolui debeat. Conf. NOODT *de vſur. et fænor. lib. I. c. 2.* Praeterea etiam in fine errant. "Quis enim vnquam, ait CAROLVS MOLINAEVS *de commerc. et vſur.* q. 2. n. 75. „propter ipſum mutuationis officium duntaxat vſuram ſtipulatus eſt? et non in compenſationem vel damni incurrendi „vel vtilitatis ceſſaturae, vel participationem lucri, quod „facturus eſt debitor?" Eadem abſurditate dicere poſſes, mercedem in locatione accipi propter *officium conceſſionis vſus rei*, et non in compenſationem vſus.

vſura non datur pro officio mutuationis.

§. III.

§. III. Hisce prælibatis, fundamentum soluendarum *vsurarum pecuniæ mutuaticiæ* ex *iure ciuili* tradendum atque eruendum. Vulgatum est, vsuras pecuniæ mutuaticiæ non deberi, nisi *stipulatione* peculiariter promissæ fuerint. Id loquuntur leges Romanæ: idem pariter regustant ICti interpretes. PAPINIANVS *in l. 21. de V. S.* ita iuris ciuilis sensum exprimit: "vsura pecuniæ, quam percipimus in fructu non „est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. „noua obligatione. Fructus quidem ex terra nascuntur, et hoc intuitu *naturales* dicuntur; non item *vsuræ*, quæ ex pecunia non nascuntur, sed deberi dicuntur ex *peculiari* et *noua obligatione*. Erat hæc obligatio vel *stipulatio* vel *pactum*. Huius nulla iure Romano efficacia, ad petendum id, quod promissum erat; proderat tamen ad exceptionem producendam, adeoque vsuræ solo pacto debitæ peti non poterant. *Stipulatio* interposita efficax producebat ius ad petendas vsuras, cuius in hac materia vt plurimum iniicitur mentio. In *l. 1. C. de vsur.* ANTONINVS PIVS edixit: *Si interrogatione præcedente promissio vsurarum recte facta probetur, optimo iure debentur.* Quod *optimo iure* debetur, efficaciter peti potest. SEVERVS et ANTONINVS in *l. 3. C. eod.* plenius vniuersam exhauriunt causam, aientes: "Quamuis vsuræ fœnebris pecu„niæ citra vinculum stipulationis peti non possint (non ex pa„cto debitæ) tamen ex pacti conuentione solutæ neque vt „indebitæ repetuuntur, neque in sortem acceptæ ferendæ sunt." Possunt ergo ex pacto retineri, et per *exceptionem* seruari vsuræ, quod condicenti obstet receptio *retentionis*, ideo concessa, quod *naturale debitum* ad *indebita* referri nequeat: quo posito, nec in sortem imputari queant. Hac de causa iidem imperatores hanc doctrinam in *l. 4. C. de vsur.* nouo illustrant exemplo: "per retentionem pignoris vsuras seruari posse, de quibus

Fundamentum harum vsurarum de iure Romano in stipulatione quærendum,

non in pacto.

nisi quod solutæ condici haud potuerint,

et pignus earum nomine retineri queat,

„quibus præſtandis conuenit, licet ſtipulatio interpoſita non „ſit, merito conſtitutum eſt, et rationem habet: cum pi„gnora conuentione pacti etiam vſuris obſtricta ſint." Duplex decidendi ratio in hac deciſione occurrere videtur: 1) quod per *exceptionem retentionis* ſeruari queant, ad quam producendam iure prætorio efficax pactum erat: 2) quod conuentio de vſuris in continenti pignori eiusque traditioni adiecta inſit *contractui pignoratitio*, opereturque, vt pignora quoque vſuris obſtricta ſint *l. 48. de pact.* An ergo etiam numerationi *pecuniæ mutuaticiæ* in continenti adiecta conuentio de vſuris idem præſtat? Negandum hoc videtur, quod AFRICANVS in *l. 24. de præſc. verb.* generaliter hanc tradat regulam: *pecuniæ creditæ vſuras, niſi in ſtipulationem deductas, non deberi.* Id præterea inde liquet, quod tantum certi caſus paulo poſt tradendi excepti fuerint iure ſingulari, in quibus etiam ex *pacto* debitæ fuerunt vſuræ *pecuniæ mutuaticiæ*, quæ exceptio firmat regulam in caſibus non exceptis. Huc denique redire videtur ſenſus *l. 7. C. de vſur. Creditor inſtrumentis ſuis probare debet, quæ intendit, et vſuras ſe ſtipulatum, ſi poteſt; Non enim ſi aliquando* (h. e. per tractum quendam temporis) *ex conſenſu* (ſeu nuda conuentione numerationi adiecta) *præſtitæ ſunt, obligationem conſtituunt*, talem ſcilicet, vt in futurum quoque peti queant. Dicebantur ea de cauſa *indebitæ*, ſicuti ſtipulatione promiſſæ *debitæ*, ex ſententia VLPIANI *in l. 5. §. 2. de ſolut.* docentis: "id quod „ſoluitur in vſuras, ad vtramque cauſam vſurarum tam de„bitarum quam indebitarum pertinet, puta: quædam ex „ex ſtipulatione, quædam ex pacto naturaliter debebantur." Quæ ergo ex pacto debentur, *naturaliter* tantum deberi dicuntur: quæ ex ſtipulatu, *ciuiliter*, et maiorem habent efficaciam. Eiusdem ſententiæ quoque PAVLVS *lib. II. ſent. tit.*

Ad pactum de vſuris numerationi adiectum inefficax erat.

14

14. §. 1. fuit: "Si pactum nudum de præstandis vsuris interpositum sit, nullius est momenti; ex nudo enim pacto inter ciues Romanos actio non nascitur."

§. IV. Satis, ni fallor, liquet, *pecuniæ mutuaticiæ vsuras* non aliter iure Romano fuisse debitas, quam *stipulatione* promissas, adeo vt *pactum* haud sufficeret. Nec aliud videtur admissum fundamentum. In negotiis *bonæ fidei* alias citra *stipulationem* etiam ex *mora* sola debentur vsuræ, *officio iudicis. l. 17. §. 4. de vsur. l. 32. §. 2. l. 34. eod. l. 54. locat.* Notum enim est, *in bonæ fidei iudicis tantundem valere officium, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio. l. 7. de negot. gest.* Vnde in his duplex constituendum fundamentum: *1) expressa conuentio de vsuris, 2) officium iudicis*, quo æquitate suadente, vsuræ etiam non promissæ adiudicari possunt. Aequitas vero rursus ad duo capita reduci potest: *α*) si debitor in mora est: *l. 49. §. 1. de act. emt. vendit.* *β*) si extra moram alias mea pecunia alter vsus est, quem gratis ei concedere non teneor, sed in eius compensationem vsuras exigo. Vsuræ enim ait VLPIANVS *l. 34. de vsur. vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari, et ita in legatis et fideicommissis et in tutelæ actione et in ceteris bonæ fidei iudiciis seruatur*; quo ex fundamento debitæ sunt vsuræ pretii, fide etiam de eo habita *l. 13. §. 20. de act. emt. vendit.* Atque hoc demum constitutionibus principum inductum videtur, si credimus PAPINIANO *in l. 24. depos. est quidem constitutum, in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, vt tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.* Quid vero est, quod in *vsuris pecuniæ mutuaticiæ* non idem præstet officium iudicis, ac quidem stipulatio?

In aliis negotiis vsura etiam debentur citra conuentionem officio iudicis,

vel ob moram vel ob vsum;

non in mutuo,

§. V

Quod sit stricti iuris.

§ V. Qui rationem diuersitatis ostendere conantur, vt plurimum docent, mutuum esse contractum *stricti iuris*, non *bonæ fidei iudiciis* accensendum, adeoque quicquid in his admissum, ad *mutuum* seu *pecuniam mutuaticiam* trahi non potest, in negotiis *stricti iuris* autem nihil deberi, nisi quod expresse verbis et ore nuncupatum; ideo autem *stricti iuris* esse quod *vnilateralem* habeat *præstationem*, et nunquam auditum in iure ciuili fuerit, vt talia negotia b. f. dici queant. Ita censet NOODT *ad tit. de reb. credit.* aitque, mutuum ideo esse *contractum stricti iuris, quod ab vno latere sit obligatorius, qualis nusquam*, vt addit, *vocatur bonæ fidei.* Inde vero duo colligit: primum est, ne quidem *pactum* de vsuris soluendis mutuo inesse, idque SEVERVM et ANTONINVM *in l. 3. C. de vsur.* indigitare, *quia pacta*, ait, *etiam in continenti adiecta contractui stricti iuris, cum eum augent, ei non insunt, neque actionem formant: licet si detrahunt, fere hoc iure vtamur aduersus iuris regulas, vt ex parte rei insint, et ideo actionem ipso iure tollunt*, prout ex *l. 40. de rebus credit.* declarat. vid. *tract. de foenor. et vsur. lib. III. c. 1.* Alterum est, quod ne quidem ex mora debeantur vsuræ officio iudicis, quod tradit, *ad tit. de reb. cred. in f.* aitque: "Sed quid si mora accusetur? adhuc idem ius est: angusta „iudicis potestate, vtique, si nihil de vsuris pactum. Imo „et si sit: nam ne sic quidem debentur, quia pactum, quamvis in continenti adiectum contractui stricti iuris, cum eum „auget, ei non inest. Quid ergo est? solum debentur ex „mutuo vsuræ; si sint stipulatione præmissæ; nec iam mu„tuum, sed fœnus appellatur." Eandem cantilenam ingeminant DOMINICVS AVLISIVS *ad tit. de verb. oblig. pag. 277.* vbi prouocat ad AFRICANI sententiam supra relatam in *l. Titius 24. D. de præscript. verb.* additque: "cur ita: nempe quia

„quia sumus in pecunia credita, i. e. in mutuo, qui est contractus stricti iuris, et pactum de vsuris nequit creditori „tribuere actionem, vt ipsae tibi praestentur, quare pactum „illud, licet in continenti adiectum, nihil operatur, non „inest." Ita censent docentque alii plerique iuris interpretes, qui pro indubitato principio assumunt, mutuum esse contractum *stricti iuris*, praesertim cum eius non faciat mentionem IVSTINIANVS in *§. 28. inst. de action.* inter negotia *bonae fidei*, quae tamen ἐξεταστικῶς ibidem relata fuisse videntur. Accedit, quod vbi mutua pecunia sic data fuerit, vt certo loco redderetur, *arbitraria actio de eo quod certo loco* moveri debeat, si alibi pecunia petitur; *l. 6. de eo quod certo loco*, quod necesse haud fuisset, si mutuum *bonae fidei* negotiis accenseri deberet, vt PAVLVS obseruat in *l. 7. eodem.*

§. VI. Atque hanc quidem diuersitatis rationem suppeditant traduntque iuris Romani interpretes: non item ipsi ICti Romani, a quibus mutuum inter negotia *stricti iuris* nullibi disertis verbis relatum est. Illi autem vel ideo hoc statuendum esse docuerunt, vt difficultatibus adductis satisfacerent, scopulosque superarent. Enimuero haud est necesse, in has se conferre angustias, et contra naturam rei quid assumere, quod maioribus adhuc nodis inuolutum est. Ideo etiam antequam ad alia progrediar, duo euincam: primum est, mutuum re vera esse *bonae fidei* negotiis annumerandum: secundum, nihilominus tamen decisiones de *vsuris pecuniae mutuaticiae* aliaque, hac thesi salua, de iure Romano tutas verasque aliunde tamen rationes petendas esse. Primum membrum quod concernit, conclamatum est, illa negotia dici bonae fidei, in quibus non tantum obligamur ad id, quod *disertis verbis* expressum atque ore inter partes nuncupa-

Hac sententia tamen non adeo expedita est,

cum potius bonae fidei sit.

quid negotia b. f. dicenda?

cupatum, ſed quod præterea *æquum* et *bonum* eſt, cum *bonæ fidei* appellatio *ſummam æquitatem* denotet, *l. 31. depoſit.* et *iuri ſtricto* opponatur. Sicuti autem *ius ſtrictum*, *durum*, et *aſperum*, potiſſimum inde naſcitur, ſi tantum *verbis* inhæremus, parum de eo ſolliciti, quid recta ſuadeat ratio; ita negotia *ſtricti iuris* dicta fuerunt, in quibus, quod nec verbis expreſſum, nec litteris conſignatum, minime attenditur, nec in obligationem deductum cenſetur, ſed potius pro omiſſo habendum. *l. 99. de V. oblig.* Obſeruauit autem PRAESES *tr. de action. ſect. I. c. 3. §. 20. ſeqq.* contractus et obligationes fuiſſe vel *naturales* ſeu *iuris gentium*, vti vocantur *in l. 7. pr. de pact.* quod omnibus gentibus eſſent communes et in commerciorum vſu quotidiano poſiti: vel *ciuiles*, Romanis proprii, et ſolennitate verborum aut ſcripturæ concepti, iuxta *l. 5. de I. et I.* eodem fere modo, quo quædam *naturaliter*, quædam *ciuiliter* acquiri dicuntur in *l. 53. de acquir. rer. dom.* quæ res ſatis decantata eſt, vt nulla declaratione indigeat. De eo non dubium eſt, quin *ciuiles contractus ſtricti iuris* ſint, vt ſtipulationes, contractusque litterarum, quod omnes concedunt, et quidem non alia de cauſa, quam quod in ſtipulatione, ex *verborum conceptione* naſceretur obligatio immediate et proxime, et ita huius ſolius ratio habenda eſſet *l. 99. de V. oblig.* quod aperte fatetur PAVLVS *in l. 126. §. 2. in f. de V. O. in ſtipulationibus* VERBA, EX QVIBVS OBLIGATIO *oritur*, *inſpicienda ſunt.* Eodem modo rationes ducebant Romani in *litterarum obligatione*, in qua fundamentum proximum obligandi quærebant in *litteris*, vt quod ſcriptum non eſſet partem obligationis haud conſtitueret, vtut vel maxime, id quod omiſſum, bonum æquumue eſſet. *Dolo* deceptus in his negotiis, nihilominus in nexu erat, ſi de *dolo* haud committendo nihil actum fuiſſet, vtut

quid ſtricti iuris?

ciuiles contractus erant ſtricti iuris,

quod illuſtratur.

vtut recta ratio doceat, neminem obligari, qui *dolo* deceptus fuerit, vel *metu* inductus, vel *errore* lapſus; qua de cauſa ex *æquitatæ* in ſtipulationibus prætor poſtea dedit exceptionem *doli*, *metus* vel *erroris* ſeu in factum, quæ naturæ ipſius obligationis, a Romanis ſpecialiter efformatæ, non inerat. Id clare demonſtrat IMPERATOR in *§. 1. inſt. de except. Si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus, ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere*, (nec tamen aliquid de *dolo*, *metu*, aut *errore*, in ea ſtipulatione cautum) *palam eſt, iure ciuili te obligatum eſſe, et actio qua intenditur, dare te oportetere, efficax eſt.* De *ſtipulatione* hic agitur, quæ *ſtricti iuris* eſt, quæ ne quidem *iure ciuili*, ſeu *ex ſententia ICtorum antiqua et forenſi*, vſu approbata, in ſe comprehendebat, quod ſumma æquitas poſtulabat. Si *interpretationi ex æquitate* hic locus fuiſſet, ſine dubio verba ſtipulationis ita declaranda et accipienda fuiſſent, vt deceptus, coactus et errore lapſus, haud obligari deberet, æque vt in *bonæ fidei* iudiciis. At verborum conceptio id non permittebat in ſtipulatione; permittebat vero in *emtione venditione*, quæ *conſenſu* ſolo, etiam inter abſentes, contrahebatur, non formula quadam; licet quandoque ICti in ſcriptis *formulam* quandam (nullis tamen adſtrictam verborum ſolennitatibus,) huius contractus conciperent, quod erat indifferens, vt tamen ipſa obligatio haud alteraretur. Aliud enim erat ex *certa verborum conceptione* ſemet obligare, quod fiebat in *ſtipulatione*: aliud ex ſolo *conſenſu*, quod in emtione, in qua nulla deſiderabatur verborum conceptio, *§. vn. inſt. de oblig. ex conſenſ.* contingit, et ſi quid in ea ſcriptum eſt, ſolius *probationis* non *obligationis inducendæ* cauſa factum, adeoque inde non æſtimanda vis obligandi.

Contractus naturales non possunt esse stricti iuris.

§. VII. Id ergo tantum in quæstione est, an dentur obligationes *iuris gentium* seu *naturales* stricti iuris, seu quæ non admittunt præstationes ex *æquitate*, vel *ex æquo* et *bono*, quatenus id natura eius admittit, si hæ verbis haud sint determinatæ? Id vero puto, admodum contradictorium esse, et naturæ negotiorum, quæ secundum *ius gentium* vnice æstimantur, prorsus aduersari. Hanc assumserunt Romani ex *vsu gentium* communi, eamque iuxta *ius naturæ* et *rectam rationem* vnice æstimarunt. Constat vero ex recta ratione, in omnibus negotiis quædam *expresse* determinari: quædam *tacite* subintelligi, quatenus natura contractus non repugnat, quia contrahentes sese in omne id obstrinxisse videntur, quod *bonum*, *æquum*, atque *rationabile* est. Hac de causa contractus iuris gentium *naturalem præstationem* habere, et *ex bona fide* descendere dicuntur in *l. 7. de cap. minut. l. 57. in f. de cont. emt. vend.* Itaque de *dote actio* in *bonum* et *æquum* concepta fuisse dicitur, quod de *rei vxoriæ actione* capiendum. Hæc erat *bonæ fidei*, quia ex *ipso matrimonio* fluebat, et in eo fundata, quod eius intuitu data esset, et quia matrimonium negotium *naturale* et *iuris gentium* erat, non poterat non actio *in bonum et æquum* concipi. Idque indigitare videtur ICtus in *l. 31. D. depos.* vbi ita: *bona fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat*, id quod de contractibus iuris gentium *ex substrata materia*, de qua agit ICtus, accipiendum, quia hæc regula in negotiis *stricti iuris* palam exulat. Quod si enim eius in his vsus fuisset, qui fieri potuisset, vt *dolo* deceptus et *metu* coactus obligatus dicendus esset, cum *summa æquitas* his aduersetur? *l. 116. de R. I.* Atque ita planum est, ideo hæc negotia dici *bonæ fidei*, quod ex solo *iure gentium* et *naturali* æstimanda sint. Quocirca rem minime exhauriunt, qui ad

quod in cit. l. 7. cit. illustratur.

ad *obligationem bilateralem* vnice confugiunt, et inde fundamentum huius qualitatis petunt, quod facile *ex condictionibus* ſtrui poteſt, vt paulo poſt oſtendam.

Applicantur dicta ad mutuum, et per rationes oſtenditur, illud b. f. eſſe,

§. VIII. Ad *mutuum* ſpeciatim progredior, cuius gratia adducta præmiſſa ſunt, quod iuxta propriam ſuam indolem *bonæ fidei* exiſtimandum eſt. Etenim 1) palam eſt, hunc contractum eſſe *iuris gentium*, et ſic quoque ex eo æſtimandum. Id indigitat IMPERATOR *in §. 2. I. de I. N. G. et ciuil.* aitque: *ex hoc iure gentium omnes pene contractus introducti ſunt, vt emtio et venditio, locatio et conductio, ſocietas, depoſitum,* MVTVVM, *et alii innumerabiles.* Id pariter obſeruat PAVLVS in *l. 126. §. 2. de V. obl.*, vbi obligationem *mutui* vocat *naturalem* in oppoſitione *ſtipulationis*, quæ ibidem occurrit, quæ eſt *ciuilis* ratione cauſæ efficientis, et *ſtricti iuris.* 2) In *mutuo* non præciſe ad *verba* et quod *ſcriptura* expreſſum, reſpiciendum, ſed quod *recta ratio*, ſeu *bonum* et *æquum* poſtulat. Id declarat POMPONIVS in *l. 3. de rebus cred. cum quid mutuum dederimus, etſi non* CAVIMVS, *vt æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere: veluti vinum nouum pro vetere; nam in contrahendo, quod agitur, pro* CAVTO *habendum eſt: id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis et eadem bonitate ſoluatur, qua datum eſt.* Cur vero id *tacite* actum intelligitur? quia contra *bonum* et *æquum* ageret debitor, ſi rem deteriorem redderet, quod *recta ratio* non permittit. Pariter in negotiis b. f. id actum in genere intelligitur, ne alter alterum decipiat, ſed bona fide agat, adeoque etiam *cautum* intelligi debet, qua philoſophia tamen non vtimur in negotiis ſtricti iuris. 3) Hac de cauſa quoque compenſatio *ipſo iure* locum habebat in mutuo *ex eo tempore, ex quo ab vtra-*

atque compenſationem admiſit ipſo iure,

 que

que parte debetur, quoad concurrentes quantitates; l. 4. et 21. D. et l. 4. C. de compens. quod iudiciis bonæ fidei proprium erat, non item *stricti iuris*, vt obseruat IVSTINIANVS in *§. 30. I. de action.* Diuus MARCVS enim in his compensationem *induxisse*, h. e. nouiter admisisse dicitur, *opposita doli mali exceptione*, quo *ius nouum* indigitat, iuris veteris correctorium.

Secus in stricti iuris negotiis,

Neque vero ex vllo indicio apparet, ante D. MARCVM in negotiis stricti iuris compensationem ipso iure admissam fuisse, quod ratio negotiorum horum non patiebatur.

Nec Neratius olim in diuersa fuit sententia.

Nec qui hanc sententiam NERATIO PRISCO, qui sub TRAIANO vixit, tribuunt, aliquod præsidium habent *in l. 4. de compens.* Non agit NERATIVS in *cit. l. 4.* de ea quæstione: an *in omni contractu*, etiam *stricti iuris*, compensatio *ipso iure* tollat debitum? sed potius de *fideiussore* format quæstionem: vtrum hic quoque in omnibus contractibus, in quibus ipso iure debitor liberatur, ipso iure liberatus dicendus sit? Ita enim PAVLVS: "Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim cum totum a reo peto, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest." Palam est et extra omnem controuersiam, ICtum hic non designare et determinare contractus, in quibus *ipso iure* debitum per compensationem tollitur, sed id vnice intendere, compensationem debitoris quoque prodesse fideiussori, vt *ex omni contractu*, in quo *ipso iure* a parte debitoris sublatum est debitum, *ipso iure* quoque fideiussor censeri debeat liberatus; id quod rationem habet, quia fideiussio erat *obligatio accessoria*, quæ subsistere non poterat sublato principali. Equidem etiam *fideiussio*, stipulatione concepta, *stricti iuris* erat, in qua tamen ex sen-

tentia

tentia *Neratii* admiſſa compenſatio. Verum *proprie* et *principaliter* compenſatio id debitum, quo reus obſtrictus erat, ipſo iure tollit; quia inter eos, proprie eſt *compenſatio*, inter quos mutuum eſt debitum et creditum, *l. 1. de compenſ.* hoc eſt, inter *creditorem* et *debitorem principalem*: huius debitum proprie *ipſo iure* et per *iuris ciuilis* diſpoſitionem ſublatum, exſtinctumque erat: quo facto, non poterat non quoque per conſequentiam exſtingui fideiuſſio, ſicuti cum *ſolutum* erat debitum, *ſolutio* proderat fideiuſſori. Vnde ſatis notanter *compenſatio* tribuitur debitori in his verbis: *ipſo iure eo minus fideiuſſorem ex omni contractu debere, quod ex compenſatione REVS retinere poteſt.* In *ſtricti iuris* negotiis, ex quibus *principaliter* reus quid debebat, compenſatio vel ideo locum non habebat, quod de ea nihil actum cautumque eſſet, quod tamen correxit MARCVS ANTONINVS, nouumque ius introduxit, vt compenſatio non quidem *ipſo iure* tolleret debitum *ſtricti iuris*, ſed demum *ope exceptionis*. Quod ſi NERATIO diuerſa placuiſſet ſententia, PAVLVM aſſentientem non habuiſſet, qui reſcripti D. MARCI memor, quo ius *certum* et *liquidum* iam conſtitutum erat, in ſententiam reprobatam et *reſcripto imperiali* aliter deciſam, non tranſire, aut ſtatuere potuiſſet, in *contractibus ſtricti iuris ipſo iure* debitum ſublatum cenſeri. Neque credendum eſt, ALEXANDRVM, cuius æuo PAVLVS vixit, huius ſententiæ aſſertorem fuiſſe, *in l. 4. et 6. C. de compenſ.*, qui *in mutuo* compenſationem *ipſo iure* fieri recte cenſuit, quod hoc negotium b. f. eſſet, quamuis SCHVLTING. *ad ſent. Pauli lib. 2. tit. 5. §. 3.* qui mutuum *ſtricti iuris* fuiſſe ſtatuit, id ideo factum fuiſſe aſſerat, quod eo tempore in negotiis ſtricti iuris compenſatio ipſo iure facta ſit, quod præconceptæ eius opinioni, de *qualitate mutui*, attribuendum. IVSTINIANVS demum nouum

rorum hunc effectum compenſationibus in *negotiis ſtricti iuris* dedit, non vero ius iam in foro vſitatum tantum declaravit, vt ſcilicet *ipſo iure* tollerent, vel minuerent debita, quod eius verba indicant *in cit. §. 30. Sed noſtra conſtitutio easdem compenſationes, quæ iure aperto nituntur, latius introduxit* &c. conf. *l. fin. C. de compenſ.* Vnde facile liquet, qua ratione PAVLVS *cit. l.* in *mutuo* ſimpliciter admittere potuerit compenſationem, vt *ipſo iure* tolleret debitum, hac adiecta clauſula: *Si totum petas, plus petendo cauſa cadis.* In negotiis *ſtricti iuris* id fieri non poterat, in quibus tantum, exceptione *doli* oppoſita, compenſatio inducebatur, adeoque *ſtricto iure* plus non petebat, licet per modum *exceptionis* compenſatio admitteretur, adeoque eo tempore, pœna plus petitionis ceſſare debuit. 4) Neque ab hac ſententia alienus videtur CICERO *lib. III. offic. c. 17.* aiens: "Scæuola fidei „bonæ nomen exiſtimabat manare LATISSIME, idque verſari „in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, „venditis, conductis, locatis, quibus vitæ ſocietas continetur." Non omnes SCAEVOLA recenſuit ſpecies contractuum b. f., ſed quasdam tantum adduxit; indigitauit tamen, eos huc referendos eſſe, qui ſunt *iuris gentium*, quippe in quibus *vitæ ſocietas* continetur, quæ imprimis ad *æquum* et *bonum* debet eſſe compoſita. Eorum numero quoque eſt *mutuum*, *quo communis omnium vita indiget*, vt ait GELLIVS *lib. XX. c. 1. pag. 669.* et quod nulla ratione a ceteris *iuris gentium* contractibus ſecerni poteſt, adeoque in eo quoque *bonæ fidei* nomen verſari debet. 5) Addo et hoc, *condictionem indebiti* inſtar *mutui* cenſeri, quatenus res fungibilis indebite ſoluta, vt docet IMPERATOR *in §. 1. I. quibus mod. re cont. oblig.* Hæc vero condictio *ex bono* et *æquo* introducta eſſe dicitur *in l. 66. de condict. indeb.* et æque *naturalis* eſt iuxta

Declaratur ex ſententia Ciceronis,

et ex condictione indebiti.

l. 15.

l. 15. eod. vti mutuum iuxta *l. 126. in f. de V. obl.* Vnde quoque easdem qualitates vtrumque negotium habere debet. Quod si species indebite soluta, instar *commodati* censetur, et cum hoc omnium confessione b. f. sit. condictio indebiti etiam in casu adducto debet b. f. esse. Equidem vsuræ in *condictionem indebiti* non veniunt, *l. 1. C. cond. indeb.* non tamen ideo, quod sit *stricti iuris*, quia ne quidem in eo tale negotium adest, in quo aliquid expresse inter partes actum; sed quod *ex bono et æquo* id tantum restituat debitor, quod accepit, quia in eo demum locupletior factus intelligitur, quod secundum *l. 14. de cond. indeb.* vnice in hac actione considerandum ponderandumque est.

§. IX. Duo vero omnino sunt, quæ interpretes iuris ad propagationem communis sententiæ induxerunt, quorum alterum ab *vsuris* non aliter, quam ex *stipulatu* in mutuo debitis, alterum a natura *actionis de eo quod certo loco* petitur. A posteriori incipiam, ostensurus non de omni *mutuo*, sed de *fœnebri* id potissimum intelligendum. Constat videlicet *ex l. 6. de eo quod certo loco*, etiam *arbitrariæ* actioni locum esse *posse* in *mutuo*, quae alias in bonæ fidei iudiciis exulabat iuxta *l. 7. de eo quod certo loco.* Apertum vero est, mutuum fuisse duplex vel *vsurarium* vel *non-vsurarium*: hoc quidem *rarius* in commerciis Romanorum, illud *frequentius* obtinebat, et quidem maxime tunc, si pecunia mutuo sic data, vt *certo loco redderetur*, quale mutuum in *cit. l. 6.* desideratur. Hoc enim inprimis negotiationibus conuenientissimum erat, vt alibi pecunia redderetur, quam quo data erat, prout etiam hodie inter mercatores vsitatum est. Tale mutuum autem vix concipi poterat sine *vsuris*, adeo, vt quia apud Romanos mutuum regulari-

Actio de eo quod certo loco datur in fœnebri,

non in omni mutuo,

ter *vsurarium* erat, fere vbique, vbi mutui fit mentio, *foenebre* intelligatur, cum vox absolute posita intelligatur in eo significatu, qui vsitatissimus et frequentissimus in commerciis hominum est, prout etiam obseruat SALMASIVS de *vsuris c. 5. p. 100. seqq.* Quia vero si *certo loco*, si *cum vsuris* pecunia mutuaticia reddenda, conuentione opus erat speciali, eueniebat, vt vel *stipulatione* vel *litterarum obligatione*, totum negotium perficeretur, vt *l. 40. de reb. cred. l. 126. §. 2. de V. obl.* docent, tum vt vsuræ recte peti possent, quæ demum ex *stipulatione* debebantur; tum vt de *loco* euidentissime constaret, vnde creditor non nunquam captabat commodum. Hoc quoque obseruat SALMASIVS *cit. l. p. 115.* aitque: "vbi stipulatio erat necessaria ad vsuras petendas, tum quo-„que mutuum dantes idem stipulari solebant cum vsuris, v-„na quidem stipulatione, in qua tamen duæ essent, quia „duæ summæ in stipulatum deductæ," cuius duplicis stipulationis fit mentio in *l. 8. de eo quod certo loco*, quæ tamen, ratione *modi*, *vna obligatio* dici potest, iuxta *l. 126. §. 2. d. V. obl.* Denique exemplum ab AFRICANO in *cit. l. 8.* propositum docet, secundum communem forensem vsum, vbi mutuum *certo loco* soluendum erat, *stipulatione* opus fuisse, quæ nihilominus ex *caussa* sua, cui accedebat, *mutui* vel *pecuniæ creditæ* appellationem retinebat, vt ipse AFRICANVS *cit. l.* indigitat. Facile ergo liquet, ita ex *accidente* factum fuisse, vt mutuum *stricti iuris* naturam indueret, quod in contractum *nominis* vel *stipulationis* deductum, et ita *arbitraria actione* opus esset. Equidem non diffiteor, potuisse etiam citra *stipulationem*, locum adiici numerationi, vt indigitat *l. 7. de reb. cred.* id vero, quia periculosum, minus vsitatum erat, imo vbi *stipulatio* interueniebat, adhuc *cautio* accedere solebat, ob difficultatem probandi, vt tot iurium Romano-

manorum loca indigitabant. Par ergo eſt credere, non de omni, ſed de tali *mutuo*, certo loco ſoluendo, POMPONIVM locutum fuiſſe, prout ex more Romanorum iniri ſolebat, h. e. ſi ob *ſtipulationem* vel contractum *nominis* ſtricti iuris eſſet factum.

Vſura in mutuum non veniebant, quod eſſet negotium gratuitum.

§. X. Ad alterum progredior, quod primario huius loci et noſtræ conſiderationis eſt. Obſeruarunt videlicet ICti ſolidioris doctrinæ, *mutuum* cum *commodato* in hoc conuenire, quod ſua natura *gratuitum* fuerit, indeque factum, vt vſuræ non aliter, quam ex *noua obligatione* peti potuerint. Id plurimis argumentis exornat SALMASIVS *de vſur. c. 1. et 5.* ſimulque indigitat, mutuum in hoc accipi et dici, vt mutuum in reſtituendo fiat a voce ſicula μοῖτον, quod *gratis* denotat, vnde latini antiqui ſuum *mœtare* ſumpſerunt, pedetentim in *mutare* et *mutuare* transmutatum. Aeque enim eſt officium amicitiæ mutuum, ac quidem commodatum, et ſic vtrumque gratuitum. Id indigitat NONIVS, antiquus grammaticus: "mutuum a fœnore in hoc diſtat, quod mutuum ſine vſuris ſumitur, et eſt accepti fœtus: vnde et fœnus dictum eſt, vt græce τόκος, quaſi partus mutui ſumti." PLAVTVS *Aſinar.* nam ſi mutuo non potero, certum eſt, ſumam fœnore. *Vnde honeſtius mutuum eſt, quod ſub amico affectu fiat, tamen vſu temporis neceſſarii fœnore ſumere decet.* Vnde liquet, 1) *ad officia amicitiæ* ab antiquis relatam mutui ab amico dationem, et ſic ſua natura *gratuitam* fuiſſe, adeo, vt vſuris a quocunque alio promiſſis præſtitisque magis nomen *fœnoris* induerit. Huc PAVLVS collineat in *l. 8. in quibus cauſ. pign. vel hypot. tac. contr.* vbi *pecuniam* dicit eſſe *gratuitam*, ſi de vſuris nihil fuit actum, prout natura mutui poſtulabat. 2) Ex hoc principio colligebant Romani, de-

 cem

cem datis, non posse conueniri, vt viginti mihi debeantur, adeoque vltra decem non nasci actionem: *re enim*, ait ICTVS in *l. 17. pr. non potest obligatio contrahi*, *nisi quatenus datum sit*. Idem repetitum lego in *l. 11. §. 1. de reb. cred.* quae ne quidem leuissimum in mutuo qua tali admittit augmentum: "Si tibi decem dedero sic, vt nouem debeas, Proculus ait, „et recte, non amplius te ipso iure debere, quam nouem. „Sed si dedero, vt vndecim debeas, putat Proculus, am„plius, quam decem, condici non posse." Ratio diuersitatis erat, quod primo casu *mutui* naturam haud mutaret pactum, *vt minus redderetur*, sed augebat, et magis gratuitum negotium efficiebat; altero vero substantiam eius prorsus mutaret, et ex negotio gratuito efficeret onerosum atque non-gratuitum, quod iura haud permittunt. Sicuti enim essentiae rerum *naturalium*, ita et *moralium* instar numeri sunt, cui si aliquid addas aut demas, non manet idem numerus, sed alius fit. Pariter et *contractus* inter gentes determinatam suam naturam atque substantiam acceperunt, quam pactis immutare non licuit, vt idem negotium maneret, sed vel aliud inducebatur, vel pacto vis omnis deerat. Cape exemplum ex eo quod *mutuo* affine est. Si tibi commodauero aedes, vt post annum easdem mihi reddas cum centum aureis, asseri nequit, me commodatum iniisse cum *pacto adiecto* centum aureorum, quippe quod naturam commodati prorsus destruit, efficitque, vt *commodatum*, quod aliter concipi nequit, nisi gratuitum fuerit; esse nequeat. Ista conuentio vero indigitat, falso contractus nomine negotium designatum, et non *commodatum*, sed *locationem* initam fuisse, quae *onerosam causam* constituit.

§. XI.

§. XI. De *mutuo*, quod pariter *gratuitam* acceperat *naturam*, idem iudicium ferendum, licet diuerso cum effectu. Si enim in *numeratione pecuniæ* hoc actum erat, vt plus redderetur, quam acceptum erat, pactum hoc inutile erat, quamvis alias in *traditionibus* rerum, quodcunque pactum sit, valuerit iuxta *l. 48. de pact.* quippe quod de iis intelligendum, quæ naturam negotii non destruunt, vt si *tempus*, *locus*, vel conditio numerationi addatur. *l. 7. D. de reb. cred.* Inutile vero prorsus erat, quia illud, quod *pacto* adiectum erat, ex natura *mutui* peti non poterat, quod non admittebat augmentum; nec in alium contractum incidebat, qui deerat, cum *locatio* rebus fungibilibus minime conueniret, adeoque tale pactum *nudum* manebat, vnde non dabatur actio. Inde nata regula forensis: ex *pacto nudo* non deberi *pecuniæ mutuaticiæ* vsuras. Aliam, et quidem hanc suppeditat rationem NOODTIVS *de pact. et transact. c. 12.* quod mutuum sit negotium *stricti iuris*, cui a parte actoris pactum haud inesse creditur ad effectum, vt inde agi queat. Ait: "pactum mutuo in continenti adiectum, si quid addat obligationi, non valet ex parte actoris, itaque nudum manet, et nullius momenti est." Ita quoque AVLISIVS *cit. l.* et cum eo plerique interpretum. Neque tamen hæc ratio inconcussa et sine omni contradictione est. Generaliter PAVLVS *in l. 40. de reb. cred.* ait: *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, quæ verba quidem restringere conantur ad *pacta detrahentia*, exemplo *ex cit. l. §. f.* de *pacto* adducto, vt reus inde excipere queat, non vero *augentia* sub illis comprehendi censent, vt etiam inde agi queat. Præuidit doctissimus NOODT *cit. l.* nodos, qui huic distinctioni resistunt, quod verba illa laxiora sint, quam vt patiantur se restringi ad *pacta detrahentia.* Quid enim si *modus*, si *locus*, si *tempus* adie-

Pactum, vt vsuræ in mutuo præstarentur, inefficax erat.

Ratio Noodtii reiicitur.

adiecta stipulationi, annon inest tale pactum stipulationi? stipulatus creditor est, sibi dari centum aureos, et statim pacto placuit, vt Capuæ soluerentur; sine dubio ex hoc pacto Capuæ agi potest, æque ac si locus stipulationi insertus esset. In *mutuo* id multo magis obtinere debuit, quod ne quidem stricti iuris dicendum, adeoque pactum, vt *certo loco* redderetur, mutuo vel ideo inerat, quod naturam eius haud destrueret. *l. 4. de eo quod certo loco. l. 7. de reb. cred.* E contrario si *pactum* destruebat stipulationem præcedentem, inesse ei non poterat, vtpote si decem aureis in stipulationem deductis, in continenti placuit pacto, vt vel *viginti*, vel *sedecim* deberentur, quia tali pacto prior stipulatio in decem concepta prorsus corruit, et alia prorsus fit conuentio, quæ tamen cum *nuda* sit, nihil operatur. Id indigitat VLPIANVS in *l. 1. §. 3. de verb. obl. Cum adiicit aliquid vel detrahit obligationi, probandum est, vitiatam esse obligationem: nisi stipulatori diuersitas responsionis illico placuerit*, quod inde liquet, si de noua illa quantitate interrogauerit debitorem, *tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*

Ratio dubitandi remouetur, quod in deposito vsuræ ex pacto debeantur, non tamen in mutuo.

§. XII. Enimuero ne sic quidem omnes scopuli superati sunt. Depositum sua natura *gratuitum* est, et tamen vsuræ in eo, per *pactum adiectum* promissæ, debentur, quod non tantum ICtus *in l. 24. D. depositi*, sed adhuc euidentius *in l. 26. §. 1. eod.* confirmat adstruitque. Præmittit *cit. l.* conventionem de *vsuris* ex pecunia deposita promissis, et addit: „Paulus respondit, eum contractum, de quo quæritur, depositæ pecuniæ modum excedere, et ideo secundum conventionem, vsuræ quoque actione depositi peti possunt." Quid ergo? annon etiam *vsuræ pecuniæ mutuaticiæ* peti possunt, si hæc lex numerationi data est? Id negarunt ICti Romani,

mani, et quidem meo iudicio rectiſſime negarunt. Ratio diuerſitatis eſt, quod vtrunque negotium ſit quidem *gratuitum*, ſed *diuerſo reſpectu. Mutuum gratuitum* eſt, intuitu *accipientis*, *depoſitum* reſpectu *dantis*. Cuius gratia ergo *gratuitum* eſt, eius intuitu contractus immutari nequit. Fac, me depoſuiſſe apud Caium ciſtam hac conuentione inita, vt pro cuſtodia acciperet decem aureos: non amplius eſt *depoſitum*, cum conuentio hæc aliud prorſus negotium inducat, locationem ſcilicet et conductionem *l. 1. §. 8. et 9. depoſ.* licet vel maxime contrahentes per abuſum vtantur appellatione *depoſiti*, qua *depoſiti* natura, quæ reſpectu *dantis* debet eſſe *gratuita*, prorſus deſtruitur. Ceterum ſi accipiens vſuras promittit in depoſita *pecunia*, facilius hæc conuentio ſuſtinebitur, vt maneat depoſitum, cum, reſpectu *dantis*, negotium nihilominus manet *gratuitum*, licet reſpectu *accipientis*, vltra naturam depoſiti quid præſtandum ſit, qua non æque natura *depoſiti* prorſus deſtruitur. Longe diuerſum iudicium ferendum de *mutuo*, quod reſpectu *accipientis* eſſe debet *gratuitum*, vtpote cui *gratia* et *beneficium* præſtatur. Vnde ſi placuit, vt *minus* reddatur, valet conuentio, quia reſpectu *accipientis* adhuc manet beneficium et negotium plusquam *gratuitum*, licet intuitu *dantis* quid mutatum fuerit: ſi vero conuentum eſt, vt *plus* redderetur, non ſubſiſtit ea conuentio, quatenus plus reddi debeat, quia ea ipſa ſubſtantiæ mutui vis infertur, quam rationem diuerſitatis haud obſeruauit NOODT. *cit. l.* vbi hoc dubium mouit, ſed non remouit, quin potius in rem ſuam, ex præconcepta opinione, traxit. Ita vero ſatis liquet, quam ob cauſam pactum de *vſuris*, aliis negotiis ineſſe queat non æque *mutuo*, cuius naturæ repugnat, adeoque ei ineſſe nequit. Si non ineſt, *ſeorſim* et *extra mutuum* conſiderandum eſt, quo reſpectu

ſpectu *nudum* ſemper manet, vnde iure Romano inter ciues Romanos non data fuit actio.

Inde neceſſe erat, vt vſurarum nomine, ſpecialis obligatio contraheretur.

§. XIII. Hac iuris ciuilis philoſophia ſuppoſita, palam erat, vſuris non aliter in *mutuo* locum fuiſſe, quam ſi *ſtipulatio* de vſuris ſoluendis adiecta mutuo, vel ſtipulatio de vtroque negotio h. e. *mutuo* et *vſuris* concepta fuiſſet. Et hoc eſt, quod POMPONIVS *in l. 121. de V. S.* ait, vſuras *ex alia cauſa* deberi, id eſt, *ex noua obligatione*, quæ eſt ipſa *ſtipulatio.* Defuit enim aliud *ſpeciale negotium*, ad quod *mutuum vſurarium* referri potuit, poſtquam rei Romanæ haud conueniens viſum fuit, *fœnus*, quatenus *mutuum cum vſuris* deſignat, in peculiarem contractum trahere, et nouum aliquod negotium inde conflare, quippe quod *odioſum* et minus *populare* fuit. Si in commodato et depoſito merces præſtabatur, aliud in promtu erat negotium, in quod non-gratuitus *vſus* et *cuſtodia* incideret. Ergo *mutuum* per ſe ſubſiſtere poterat, et *vſurarium debitum* itidem ſuum peculiarem nexum habebat. Diſtinguebant tamen Romani, vtrum ſuper *mutuo* et *vſuris* ſimul interponeretur ſtipulatio, ſubſecuta numeratione, quo caſu intuitu *cauſæ debendi* vna erat obligatio, *verborum ſcilicet*; *l. 126. §. 2. de V. O.* licet duæ eſſent ſtipulationes. *l. 8. de eo quod cert. loco.* Si præcedebat *numeratio*, ſequebatur ſtipulatio de vſuris ſoluendis, non recedebatur a *naturali obligatione*, ſed ſors debebatur ex *mutuo*, vſuræ ex *ſtipulatu. cit. l. 126.* Ratio diuerſitatis in aprico erat, quod priori caſu numeratio præcedentis ſtipulationis *implementum* eſſet, quæ poſteriori negotium mutui ipſo numerationis actu perficiebat. conf. *l. 23. de except. rei iudic.*

vel mutuum vſurarium in ſtipulationem coniiceretur.

§. XIV.

Ex mora non debentur vsuræ in mutuo.

§. XIV. Vnicum adhuc superest telum, quo grauissime peti et impugnari solet doctrina hactenus exposita, qua euictum, mutuum esse *contractum b. f.* In contractibus b. f. vsuræ ex *mora*, citra vllum debentur pactum, *officio iudicis; l. 17. §. 4. de vsur. l. 32. §. 2. l. 34. eod. l. 2. C. depos.* non item in *mutuo*, certissimo, vt volunt, indicio, illud est *stricti iuris*. Equidem doctrina adducta satis vera, sed consequentia fallit, vt statim indicabo. Ante omnia hic commendari meretur solida obseruatio NOODTII *de vsur. c. 6.* vbi obseruat, constitutionibus imperatorum id demum effectum fuisse, vt *ex mora* etiam deberentur vsuræ in negotiis b. f., vt vel *l. 24. D. depos.* demonstat, quamuis LABEO forsan primus fuerit, qui hanc *innouationem* introduxerit, non tamen ab omnibus approbatam. *l. 60. pro soc.* Hæc tamen doctrina non potuit trahi ad *mutuum*, quod cum ne quidem ex *pacto*, quod alias bonæ fidei negotiis inest, reciperet vsuras, multo minus easdem recipere ex *mora* potuit, quia natura *mutui* hoc modo prorsus destructa fuisset. In cæteris negotiis b. f. vsuræ *ex mora* præstari et adiudicari poterant, *saluo negotio*, vt in *deposito* et *mandato*, quod nihilominus vtrumque respectu *deponentis* et *mandantis* maneret gratuitum. Ast mutuum non mansisset *gratuitum*, si debitor ex *mora* vsuras præstare debuisset, et sic substantiam suam æque amisisset, ac quidem *depositum* et *mandatum*, si deponens et mandans se adstrinxit ad *mercedem* soluendam, quacum conueniunt prorsus vsuræ, quæ sunt *merces pecuniæ*. Nec muto sententiam, si quis obiiciat, quod mandans etiam teneatur ad *vsuras*, ex mora ob impendia in expeditionem mandati facta, cum tamen mandatum, respectu mandantis, sit *gratuitum. l. 12. §. 9. mandat.* Nam in mandato *duplex* est obligatio, vnde etiam *duæ* emergunt *actiones*. Principaliter obligatio concernit

cuius ratio decidendi traditur.

mandatarium, qui si accipit *mercedem* a mandante, non amplius est *mandatum*, sed aliud negotium. Secundaria obligatio concernit *mandantem*, qui generatim ad *indemnitatem* tenetur; ne alioquin officium mandatario damnosum sit. Id vero euidentissime fieret, si nummos suos in administrationem domini verteret mandatarius, nec tamen, vel ob *moram*, vel ob *vsum* ei deberentur vsuræ. Non ergo desinit *mandatum* esse *gratuitum*, quia *pro officio*, quod præstat, nihil recipit, interim tamen, æquitate suadente, indemnis seruandus. Ast in mutuo duntaxat *vna* est *obligatio*, quo totum absoluitur *negotium gratuitum*, quæ si *vsuras* ex *mora*, vel propter *vsum* reciperet, prorsus desineret esse *gratuitum*, et aliam induceret naturam, quod admittere noluerunt Romani, admodum in finibus contractuum seruandis solliciti. Neque vero ideo *stricti iuris* dici potest, quod stricte natura huius contractus custodita fuerit; id enim stricte quoque in *commodato* factum est, et *deposito*, cautumque, ne ex pacto quidem reciperent mercedem, quæ tamen sunt *bonæ fidei*. Qui stricte fines negotiorum obseruandos constituit, propterea haud adstruit negotium *stricti iuris* esse.

Ex mora debentur vsuræ in antichresi,

§. XV. Ex *accidenti* tamen contingere poterat, vt ex *mora* deberentur vsuræ, quemadmodum in certis quoque casibus exceptis, ex *pacto* præstandæ erant. Vtrumque paucis declarabo. Prius eueniebat in *antichresi*, vel *expressa* vel *tacita*, quatenus pactum vel *expressum* vel *tacitum* pignori accessit, de fructibus ex *pignore* percipiendis, in vicem vsurarum. Hoc pactum pignori inesse supra dixi, adeo, vt si pignus non sit frugiferum, nihilominus tamen, per modum *retentionis*, vsuræ pacto promissæ, seruari queant. *l. 4. C. de vsur.* Quid ergo, si fundus pignori traditus, et debitor

tor in mora soluendi debiti fuerit? Fac, debitorem fundum, postquam satus et rastro subactus, h. e., mense Octobris, ad quatuor tantum menses pignori dedisse atque promisisse, elapso horum mensium spatio, se mutuaticiam pecuniam restituturum esse. Ast, debitor in *mora* est; vltra sex annos differt solutionem: fundum interim pignoratum creditor retinet, fructusque, de quibus nihil *expresse* actum, percipit: interim vsuræ nullæ promissæ, adeoque vrget debitor, vt fructus quoscunque perceptos restituat creditor; quæritur: quid de *fructibus* censendum? Respondet PAVLVS in *l. 8. D. in quibus caus. pign. vel hypot. tac. cum debitor gratuita pecunia vtatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum vsuras retinere.* Postquam enim debitor in *moram* consentit, consentire videtur in *fructuum* ex pignore *perceptionem*, quamuis ab initio *pecunia gratuita* data fuerit, et ad id tempus fundus pignoratus, intra quod nulli ex eo percipi poterant fructus. Multo magis ergo hoc dicendum, si expresse conuentum, *vt fructus in vicem vsurarum creditor perciperet. l. 14. l. 17. C. de vsur.* Vtroque casu pactum inest *contractui pignoratitio*, et operatur *exceptionem retentionis*, quamuis quodammodo indoles pignoris eo ipso alteretur. Debentur vero hoc casu rursus vsuræ ex *noua obligatione*, h. e. non ex *mutuo*, quod gratuitum est, sed ex *pacto*, *contractui pignoratitio adiecto*, quod eius naturam et substantiam non destruit. *vt etiam ex mora.*

§. XVI. Alterum superest membrum, de vsuris ex *pacto* valide debitis. Huc pertinent 1) *ciuitates*, iuxta PAVLI sententiam *in l. 30. de vsur. Etiam ex nudo pacto debentur ciuitatibus vsuræ creditarum ab eis pecuniarum.* Pactum hoc non tam *adiectum* censeri poterat, quam *nudum*, quia *obli-* *Praeterea ex pacto in mutuo debentur vsuræ, 1) ciuitatibus*

 gatio

gatio vſurarum *extra mutuum* erat, ipſa autem mutuo ineſſe non poterat, adeoque manebat *nudum*, lege tamen ſpecialiter confirmatum.

2) creditoribus frumenti,

2) *Mutuum frumenti et tritici*, ALEXANDRO teſte *in l. 12. C. de vſur. frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio etiam ex nudo pacto præſtanda;* quod in agriculturæ vſum *extra ordinem* receptum eſt.

3) vel pecunia traiectitia,

3) *Nauticum fœnus* iuxta *l. 7. de naut. foenor.* vbi SCAEVOLA ita: *in quibusdam contractibus etiam* (ex pacto) *vſuræ debentur, quemadmodum per ſtipulationem. Nam ſi dedero decem traiectitia, vt ſalua naue ſortem cum certis vſuris recipiam, dicendum eſt, poſſe me ſortem cum vſuris recipere.* Hoc caſu vſuræ magis *periculi pretium* ſunt, quod pereunte naue, ſors amiſſa ſit, cuius periculum creditor in ſe recipit. *l. 3. et 5. D. eod.* Vnde in aliis ſpeciebus idem obtinet, vbi creditor periculum *pecuniæ mutuaticiæ* ſuſcipit, vt rurſus SCAEVOLA obſeruat in *cit. l. 5.*

argentariis.

4) Foenus argentariorum, quod iuxta *nou. 136. c. 4.* ſine ſtipulatione ex *pacto* debetur.

Diuerſa eſt iuris canonici doctrina, vſuras prorſus improbans,

§. XVII. Atque hæc quidem fuit doctrina *iuris ciuilis*, de vſuris *pecuniæ mutuaticiæ*. *Ad ius canonicum* tranſitum facio, quo vſuræ in *mutuo* non tantum prorſus damnatæ, ſed ſeueriſſimis cenſuris prohibitæ ſunt. Nec defuerunt inter gentiles philoſophos, qui eas atro carbone notarunt, aliis tamen eas probantibus, inter quos fuit CICERO, teſte LACTANTIO *lib. 1. de falſ. relig.* vbi ita: *Nam de legibus, quo in opere Platonem ſecutus eſt, leges ponere voluit, quibus putaret, vſuram eſſe iuſtam.* Hac probatione atque demonſtratione haud opus fuiſſet, ſi omnium philoſophorum eadem mens fuiſſet.

quod etiam a quibuſdam philoſophis factum,

CATONEM, ARISTOTELEM SENECAMQVE vſuras reprobaſſe, certum eſt, quorum loca adduxit NOODT de *vſur. et foen. lib. I. c. 4.* CICERO quoque *lib. II. offic. c. 25.* CATONIS ſententiam enarrat aitque: "Ex quo genere „com-

„ comparationis illud eſt Catonis ſenis: a quo cum quære„retur, quid maxime in re familiari expediret, reſpondit, „bene paſcere. Quid ſecundum? ſatis bene paſcere. Quid „tertium? male paſcere. Quid quartum? arare. Et cum „ille, qui quæſierat, dixiſſet, quid fœnerari? tum Cato, „quid hominem, inquit, occidere." Ita cenſuit CATO, fœnori admodum deditus et auaritia ſordida æſtuans, adeoque ipſa praxi a ſua doctrina alieniſſimus, more plurimorum, qui aliter viuunt, aliter docent. Interim leges ipſas, circa vſuras latas in *foro ciuili*, non impugnabant, ſed eas tantum *officio boni viri* haud conuenire credebant.

§. XVIII. Patres vero, poſtquam in *comitiis ſacris* leges condere, cenſurasque prohibitis negotiis imponere coeperunt, in ſola *doctrina*, qua vſuras improbarunt, non ſubſtiterunt, ſed *vim externam* ei in foro ſuo addiderunt, primo quidem intuitu *clericorum*, mox etiam *laicorum*. Iam ſeculo III. CYPRIANVS *de lapſis*, hoc vitio dedit ſacerdotibus, *quod argentum largiter habere, fundos inſidioſis fraudibus rapere, vſurisque multiplicantibus fœnus augere* ſtuderent, et hoc ipſo publica auaritiæ ſuæ argumenta ederent. Quocirca paſſim clericis ſub pœna depoſitionis interdictæ. *In Canon. Apoſt. c. 36.* ita cautum: "Epiſcopus, aut presbyter, aut „diaconus, qui vſuras exigit, ab iis, qui mutuo accipiunt, „vel ceſſet, vel deponatur," vnde antiquioris diſciplinae praxis colligi poteſt, licet certum ſit, hos canones poſt *concilium Nicaenum* collectos fuiſſe. conf. *c. 1. D. 47.* Enimvero in *concil. Eliberitano* anno 313. in Bætica habito *c. 20.* apud HARDVINVM *tom. I. concil. p. 252.* et GRATIANVM *c. 5. D. 47.* latius, etiam ad *laicos*, extenſa prohibitio de vſuris non accipiendis: "Si quis CLERICORVM detectus fuerit

Patres prorſus damnarunt vſuras ſub pœnis,

imprimis quoad clericos,

in concil. Eliberit. et quoad laicos,

" vſuras

„vſuras accipere, placuit eum degradari et abſtinere. Si „quis etiam LAICVS accepiſſe probatur vſuras et promiſerit, „correctus iam ſe ceſſaturum, nec vlterius exacturum; pla„cuit ei veniam tribui. Si vero in ea iniquitate durauerit, „ab eccleſia eſſe proiiciendum." Ita generatim *vſurarum exactio et promiſſio* delictis eccleſiaſticis annumerata, quamuis tantum intuitu *Bæticæ:* generalis lex eccleſiaſtica defuit, adeo, vt ne quidem in *concil. Nicæno c. 17.* anno 325. vltra clericos prohibitio fuerit extenſa. v. c. 2. *D. 47. c. 8. c. 14. q. 4.* Aiunt patres, *quoniam multi ſub regula conſtituti auaritiam et turpia lucra ſectantur, oblitique diuinæ ſcripturæ dicentis:* qui pecuniam ſuam non dedit ad vſuram; "mutuum dantes centeſimas exigunt; iuſte cenſuit ſancta et magna ſynodus, vt ſi quis inuentus fuerit, poſt hanc definitio„nem vſuras accipiens, aut ex adinuentione aliqua, vel quo„libet modo negotium tranſigens, aut hemiolia, id eſt, ſe„ſcupla exigens, vel aliquid tale prorſus excogitans turpis „lucri gratia, deiiciatur a clero et alienus exiſtat a regula. De ſpecie vſurarum, *Hemiolia* dicta, pluribus agit SALMASIVS *de modo vſur. p. 313. ſeqq.* Quamuis vero aperte liqueat, *clericis* duntaxat vſuras fuiſſe interdictas, faciles tamen ſunt iniquiſſimi vſurarum cenſores, vt legem vniuerſalem inde eruant. In hac ſententia fuiſſe videtur ANTONIVS CONTIVS, *lib. 11. lect. ſubſeciuar. c. 2.* vbi mouet quaeſtionem *an vſuræ ſint iuſtæ?* redarguitque eos, qui eas defendunt hisce verbis: „qui ſane dum in mutuo ſecundum modum Iuſtinianea lege „datum eam permittunt, et eo locos omnes ſacroſanctae le„gis, quibus id diſertiſſime inhibetur, detorquent, veren„dum eſt, ne non ſatis cum Nicæna ſynodo et vetere tota „eccleſia conſentiant." Qui autem cum eccleſia non conſentiunt, *hæretici* dicendi, quorum in numerum CONTIVS re-

Sed reliqua concilia in prohibitione, quoad clericos ſubſtiterunt, vt Nicaenum.

retulisse videtur, qui vsuras probant. Ad minimum tamen ex *Nicæna synodo* exsculpere haud potuit generalem prohibitionem, patribus Nicænis adhuc abstinentibus ab eo, quod *meri iuris ciuilis* erat, et *ad forum spectabat.* Etiam *in concil. Arelat.* anno 314. et sic ante Nicænum celebrato *cap. 12.* *Arelatense,* apud HARDVIN. *tom. I. p. 265.* tantum clericis interdictæ fuerunt vsuræ. De *ministris qui fænerant, placuit eos iuxta formam diuinitus datam, a communione abstineri.* Idem repetitum in *concil. Carthag. III.* anno 397. celebrato apud HARDVIN. *tom. I. pag. 369.* *Carthagin. III.* & GRATIANVM *c. 6. C. 14. q. 1. vt nullus clericorum amplius recipiat, quam cuiquam quod accommodauerit: si pecuniam, pecuniam accipiat: si speciem, eandem speciem quantam dederit, accipiat; et quicquid aliud tantum quantum dederit.* Ita vero locatio quoque prohibita censeri debet, quia in specie non plus accipere licet, quam quantum datum, quod a rigore non est alienum, quamuis *clericos* tantum concernat.

§. XIX. Patres vero huius seculi, qui per modum *doctrinæ* de vsuris scripserunt, *in genere* vsuras damnarunt sine personarum discrimine, eiusmodi argumentis vsi, quæ *vitio insanabili* vsuras infectas repræsentant, vtut patres in comitiis sacris censuram tantum *clericis* vsuram exercentibus, dictauerint, si *Eliberinum* exceperis. *Patres tamen in suis priuatis scriptis vsuras in genere damnarunt,* TERTVLLIANVM iam ante CYPRIANVM eas improbasse, liquet *ex lib. IV. adu. Marcian. c. 17.* AMBROSIVS vero *in c. 10. C. 14. q. 4.* *Si quis*, ait, *vsuram acceperit, rapinam facit, vita non viuit.* IDEM *in c. 3. C. 14. q. 3.* ex *Deut. XXIII.* vsurarum illicitam exactionem trahit, ostenditque, quomodo *per indirectum* vsuræ accipiantur, quod etiam *lib. de Tobia c. 3. et in c. 8. D. 47.* vlterius illustrat; ast *in c. 12. C. 14. q. 4.* ab *hoste*, quem occidere licet,

cet, vſuras licite accipi poſſe cenſet. Eandem doctrinam ecclesiae reguſtauit CHRYSOSTOMVS *in Matth. c. 17. homil. 56.* cuius ſententiam retulit NOODT *de vſur. lib. 1. c. 4.* Pariter

quod ſeculo V. quoque propagatum, ſeculo V. eadem doctrina a patribus inculcata eſt, vt liquet ex AVGVSTINI locis a GRATIANO excerptis *in c. 2. q. 1. C. 14. c. 1. C. 14. q. 3. c. 11. C. 14. q. 4.* et HIERONYMI doctrina tradita in *c. 2. C. 14. q. 3.* LEO papa vero *in c. 7. C. 14. q. 4.* et apud HARDVIN. *tom. I. concil. p. 1753.* expreſſius prohibitionem vſurarum deſignat, et, nec hoc quoque, ait, "prætereundum „eſſe duximus, quosdam turpis lucri cupiditate captos, vſu„rariam exercere pecuniam et fœnore diteſcere velle. Quod „nos, non dicam in eos, qui ſunt in clericali officio con„ſtituti, ſed et in LAICOS cadere, qui Chriſtianos ſe dici cu„piunt, condolemus. Quod vindicari acrius in eos, qui „fuerint confutati, decernimus, vt omnis peccandi opor„tunitas adimatur." Ita pedetentim vſuræ adeo improbatae ſunt, vt etiam *laici* illos accipientes *cenſuræ* ſubiecti fuerint. Interim patres eodem modo, vt *ad tit. de diuort. §. 7. p. 333. tom. IV. iur. eccleſ.* in materia *diuortii* PRAESES docuit, *leges*

ſaluis legibus ciuilibus. *ciuiles*, vſuras permittentes, non impugnarunt directo, quod orbis Romanus gentilium copia adhuc abundaret, et *fori ciuilis* ratio haud permitteret, vt vſuræ eliminarentur. Enimvero in *foro eccleſiaſtico* vſuras accipientes ſub cenſuram reuocarunt, modeſtia ſua longe ſuperantes pontifices ſequentium ſeculorum, qui ipſis *legibus ciuilibus* directo vim intulerunt, eisque dicam ſcripſerunt, vt paulo poſt explanabitur.

Doctrina ſeculi VI. §. XX. Sexto ſeculo vlterius hæc doctrina propagata paſſim; tamen in conciliis intuitu clericorum tantum inculcata,

cata, vt docent *concil. Terraconensis* scita *in c. 3. et 5. C. 14. q. 4.* Neque sequentibus seculis aliquid in ea laxatum, sed prohibitio ipsa magis quotidie creuit, vt tot conciliorum canones euincunt, ex quibus praecipuos referam. In *concilio Constant. de an. 814. c. 17.* apud HARDVIN. *tom. IV. p. 1054.* cavetur, *ne vsuram accipientibus sacramenta elargiantur, nec cum perseuerantibus in iniquitate communiter cibus sumatur.* In AHYTONIS episcopi Basileensis capitulis *cit. l. p. 1243. c. 17.* sacerdotibus iniunctum, vt praedicarent, ne quis vsuras accipiat, *quia*, pergit, "valde infidelis et rebellis DEI iussionibus est, qui hoc agit: quod omnibus Christianis aeque „interdictum esse dignoscitur, maxime tamen sacerdotibus, „qui forma et exemplum fidei omnibus esse debent. *In concil. Paris. 17. de anno 829. c. 53. cit. l. p. 1328.* magno verborum et argumentorum apparatu haec *ecclesiae* doctrina denuo inculcatur, et exactio vsurarum *execrabile DEOque detestabile auaritiae genus* vocatur, argumentis deductis *ex Exod. XXII. Levit. XXV. Deut. XV. Ezechiel. XVIII. XXII. Amos. II. Ps. XIV.* Constitutio vero RICVLFI episcopi de anno 889. apud HARDVIN. *tom. VI. p. 418. c. 17.* argumentum inde petit, quod *in Christo simus fratres.* Sanctus EDVARDVS *in LL. ecclesi. c. 22. ibid. p. 990.* sub poena *confiscationis* vsuras prohibuit, voluitque, vt qui foenus exigeret, *pro exlege haberetur.* Neque tantum directo vsuras exigere vetitum, sed praeterea ipsa *antichresis* quoque damnata *in concil. Turonens. de anno 1163. c. 2.* apud EVND. *cit. l. p. 1597.* sub ALEXANDRO III., quem textum etiam recensuit RAYMVNDVS *in c. 1. X. de vsur.* quo posito fructus in sortem imputari debuerunt *iuxta c. 8. X. de vsur.* Pariter *in concil. Lateran. III. de anno 1179. c. 25.* relato ab HARDVINO *cit. l. p. 1683.* et a RAYMVNDO

seculi IX.

seculi X.

seculi XII.

I. quod antichresis illicita sit,

MVNDO *in c. 2. X. d. vſur.* auctore eodem pontifice, cautum, 1) ne vſurarii ad communionem admittantur, nec 2) eccleſiaſticam accipiant ſepulturam, nec 3) oblationes facere poſſint. Huic concilio adiecta eſt *appendix*, nouam collectionem ſcitorum eccleſiaſticorum habens, in qua pars XVI. *de vſuris* agit, et plures ALEXANDRI III. epiſtolas refert, quarum nonnullas etiam refert RAYMVNDVS in *c. 4 ſeqq. X. de vſur.* Etenim *in c. 4. cit. l.* pontifex cenſet, *cum vſurarum crimen vtriusque teſtamenti pagina deteſtetur*, diſpenſationem aliquam ſuper eo fieri non poſſe. Idem in *c. 5. X.* de *vſur.* conſtituit α) vſuras his, a quibus creditores eas extorſerunt, vel eorum heredibus, vel his deficientibus, pauperibus erogandas: β) eos tamen qui non habent in facultatibus, vnde vſuras reſtituere valeant, nulla mulctandos eſſe pœna, *cum eos nota paupertatis euidenter excuſet*: γ) poſſeſſiones de vſuris comparatas, eſſe vendendas, et ipſarum pretia his reſtituenda, a quibus vſuræ extortæ. Ne quidem hoc permiſſum, vt ob fidem habitam de pretio res carius vendi queat, prout IDEM decernit in *c. 6. X. eod.* et VRBANVS III. repetit in *c. 10. X. eod.* Ceterum vſurario defuncto, heredes, etiam extranei, vſuras reddere coguntur, iuxta *c. 9. X. h. t.* quod noua iuris ratione ſanxit ALEXANDER III. cum alias obligatio *ex delicto* ſit perſonaliſſima, nec heredes ſtringat, niſi in quantum ex delicto locupletiores redditi fuerint. Ne quidem ſponte ſolutas vſuras, etiam omni conuentione ceſſante, retineri poſſe cenſuit VRBANVS *in c. 10. X. de vſur.* ſi eo propoſito mutuam dedit pecuniam, vt plus ſorte reciperet, cum CHRISTVS dixerit: *mutuum date, nihil inde ſperantes.*

2) vſurarii eccleſiaſtice non ſepeliendi,

3) nec diſpenſationem admittant,

4) ſed ſimpliciter refundenda,

5) diuenditis etiam rebus vſura comparatis,

6) heredes quoque obligantur,

7) ſi vel maxime ſponte ſoluta.

§. XXI.

Doctrina seculi XIII.

§. XXI. Seculum XIII. plures ſiſtit prohibitiones, certo indicio, eo tempore vſuras fere vbique in vſu fuiſſe. In *concilio Auenionenſi* anno 1209. *c. 3.* apud HARDVIN. *tom. III. concil. p. 1987.* denuo excommunicatio in creditores vſuras accipientes decernitur, et *c. 4.* iudæi vſurarii ab vſurarum exactionibus hoc modo compeſcuntur, vt Chriſtiani per *excommunicationem* prohibeantur, eis in commerciis vel alio modo participare, donec ab vſuris abſtinuerint, quod INNOCENTIUS III. *in c. 12. X. de vſur.* etiam ſanxit. Hic enim inprimis ſollicitus fuit in eradicandis vſuris, ceu *c. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. X. de vſur.* teſtantur, et quia in morem abierat, vt creditores, vſuras ſibi ſtipulantes, iuramentum exigerent de vſuris ſoluendis, ac de ſolutis non condicendis, *in cit. c. 13.* conſtituit, vt per excommunicationis cenſuram compellerentur creditores, ab earum exactione deſiſtere, et ſolutas refundere, *ne de dolo et fraude contingat eos commodum reportare*, quo ipſo *per indirectum* vis iuramento ſubtracta eſt. Præterea creditores ſortem repetentes antea haud ſunt audiendi, quam reſtitutis vſuris iuxta *cap. 14. et 17. cit.* vnde liquet, inſtar cuiusdam *ſpolii* cenſeri exactionem vſurarum. Neque tantum per viam *accuſationis*, ſed etiam *inquiſitionis* contra *manifeſtos vſurarios* procedi poſſe decernit INNOCENTIVS III. *in c. 15. cit.* ſi *clamor publicus* contra eos adſit, quo ex fundamento inquiſitiones hic demum primus inſtituit. Nequidem *nauticum fœnus* ob ſuſceptionem periculi probandum eſſe cenſuit GREGORIVS *IX. in c. f. X. de vſur.* quod nulla ratione defendi poteſt. Concilium Lugdunenſe I. de *anno 1243. c. 13.* apud HARDVIN. *tom. VII. p. 388. circa debita eccleſiaſtica* plenius diſponit, ordinatque, ne vnquam debita vſuraria contrahantur, præſertim in *mundinis* et *mercatibus* publicis. Nec Germania hoc æuo ab vſuris abſtinuit,

1) quod nec iudaeis permittenda vſura,

2) nec ex iuramento debeantur,

3) ad inſtar ſpolii exactio eorum haberi debeat,

4) in vſurarios inquiri poſſit,

5) nauticum fœnus etiam reiiciendum.

ceu docet *concil. Viennense de anno 1267. c. 8. cit. l. p. 583.* vbi refertur, per *Salzburgensem prouinciam*, rigorose vsuras exactas fuisse; quem in finem cautum, vt *laici* excommunicarentur, *clerici* vero suis beneficiis spoliarentur. Addam adhuc alia huius seculi monumenta. Anno 1274. *concilium Lugdunense II. c. 26.* apud *Eundem cit. l. p. 717. vsurarum voraginem, quæ animas deuorat, et facultates exhaurit, compescuit*, statuendo, vt si vniuersitas quædam, h. est, respublica vel ciuitas vsuras permiserit, *interdicti* pœnam mox subeat, vsurarii vero manifesti *testamenti factionem* non habeant. Pariter *concil. Auenionense anno 1282. c. 1. ibid. p. 879. infelice commercium vsurariæ prauitatis, quæ quasi passim colitur a nonnullis diuitibus et aliis, qui se solo nomine asserunt mercatores*, atro carbone notatum, et sub grauissima censura prohibitum. Idem etiam eodem anno *Turonense concilium cit. l. p. 887. c. 6.* fecit. In *visitatione prouinciæ Burdegalensis* anno 1282. instituta, hi qui vsuras accepisse conuicti erant, eas abiurare coacti sunt, vt plenius docet HARDVIN. *tom. VII. p. 1018. seqq.* conf. MABILLON. *Analect. p. 346. nouiss. edit.*

6) quod laici vsurarii excommunicandi, clerici deponendi.

7) nec ciuitates eas permittere possint, sub pœna interdicti,

8) vsurarii testamenti factione destituti,

9) quod vsura abiuranda.

Doctrina seculi XIV.

§. XXII. Pariter *seculo XIV. concilium Rauennatense IV. rubr. 15. ibid. p. 1443. anno 1317.* pœnas ecclesiasticas renouauit contra vsuras, voluitque, vt *cautio* reciperetur ab vsurariis, de vsuris in posterum non recipiendis, id quod plena manu *cit. l.* determinatur. Anno 1355. *constitutiones Nicosienses c. 29. ibid. p. 1705.* plures palliatas conuentiones, quæ vsuras tegere videntur, recensent, easque compescunt, manifesto indicio, sitim vsurarum non potuisse extingui, sed plerosque variis artibus constitutiones ecclesiasticas eludere sueuisse. Sic etiam in *concilio Vaurensi de anno 1368. c. 120.* apud

1) quod cautio ab vsurariis præstanda.

2) palliata vsura non toleranda,

apud EVNDEM *cit. l. p. 1853.* iudices vinculo excommunicationis ſubiiciuntur, qui ad ſoluendum vſuras debitores adſtringunt, vel easdem repetere prohibent, quod rurſus argumentum præbet, *iudices ciuiles* de vſuris ius dixiſſe, nec rationem *conſtitutionum eccleſiaſticarum* habuiſſe. Idem antea anno 1312. in *concilio Viennenſi* edixerat CLEMENS V. vt liquet *ex clem. vn. de vſur.* innuitque, ſtatuta paſſim a ciuitatibus de vſuris ſoluendis fuiſſe condita, quorum applicatio ſub pœna excommunicationis his prohibetur verbis: „Statuimus, vt quicunque communitatum ipſarum poteſtates, capitanei, rectores, conſules, iudices, conſiliarii et alii quiuis officiales ſtatuta huiusmodi de cetero facere, ſcribere vel dictare, aut quod ſoluantur vſuræ, vel quod ſolutæ, cum repetuntur, non reſtituantur plene ac libere, ſcienter iudicare præſumſerint, ſententiam excommunicationis incurrant." Infra tamen demonſtrabo, magiſtratus ſeculares, non obſtante hac prohibitione, talia ſtatuta edidiſſe, et ſecundum illa ius dixiſſe. Præterea quoque duo addidit ſingularia ſcita: 1) quod creditores codices ſuos rationum contra ſe reis edere teneantur, cum tamen, ſuppoſito, quod vſuras accipere, *crimen* ſit, actor reo documenta edere non teneatur, BRVNNEM. *ad l. 1. D. de edendo n. 8.* BERLICH. *P. I. concl. 45. n. 17.* 2) quod pertinaciter affirmans, *exercere vſuras, non eſſe peccatum*, velut *hæreticus* puniendus ſit, quo ipſo doctrina iuris eccleſiaſtici inter *articulos fidei* relata eſt, vt papa eo promtius executionem legum eccleſiaſticarum promouere poſſet, quamuis ne quidem hæc cautela curſum vſurarum ſiſtere potuerit. Nam ſubſequentibus ſeculis in conciliis paſſim repetitæ ſunt leges eccleſiaſticæ contra creditores, vſuras accipientes quod arguit, vſuras in foro ciuili vinculum ſuum non amiſiſſe, vt liquet

3) *iudices ſub excommunicationis metu ad vſuras ſoluendas debitores cogere nequeant.*

4) *creditores codices rationum edere teneantur debitoribus,*

5) *negans vſuras accipere, eſſe peccatum, hæreticus dici debeat*

doctrina seculi XV. seculi XVI. ex *concil. Frising.* de anno 1440. apud HARDVIN. *tom. IX. p. 1289. Cameracensi* de anno 1586. *ibid. p. 2168. et p. 2180. Mediolanensi* de anno 1565. apud EVNDEM *tom. X. p. 720.* vbi omnes species, quibus vsura inducitur, referuntur, *et p. 738. seqq.* vbi GREGORII X. constitutio occurrit: *Mechlinensi* de anno 1570. *ibid. p. 1204. Remensi* de anno 1583. *ibid. p. 1301.* vbi *Simoniae* aequiparatur: *Burdegalensi* eodem anno celebrato, *ibid. p. 1370. seqq.* vbi aequiparatur vsurarum exactio *homicidio*, et fundamentum in eo ponitur, quod ex praecepto diuino mutuum debeat esse gratuitum: *Mexicano* de anno 1585. *ibid. p. 1716.* etc. Edidit etiam LEO X. anno 1517. constitutionem contra iudaeos vsurarios apud HVNDIVM *in metrop. Salisb. P. I. p. 183. nouissimae edit.* vt alias ordinationes ecclesiasticas non referam.

Leges ecclesiasticae tamen vsuras tollere non potuere. §. XXIII. Retuli in compendio prohibitiones ecclesiasticas, earumque fata, quae docent, vsuras ex commercio publico elimari non potuisse, simulque pontificem cum episcopis sibi eo ipso asseruisse potestatem, iura gentium, quae maxime in publico commercio continentur, dirigendi atque *nec debuerunt* determinandi. Sicuti vero *commerciorum* iura *ecclesiastica* non sunt, sed magistratui seculari subiecta; ita vitio ei verti non potuit, quod huiusmodi attentatis mascule restiterit, et, quantum fieri potuit, ius suum conseruauerit. Id quod eo iustius fuit, quod imperantes facile perspexerint, prae- *ob defectum fundamenti prohibitionis,* conceptam opinionem de *illicita vsurarum exactione*, omni destitui fundamento, ac antiquiora concilia *clericos* duntaxat vel ideo ab hoc commercio exclusisse, quod illis in genere commerciorum vsus cum *negotiationibus* caeteris interdictus, atque in illos ex imperantium indultu conciliorum potestas fundata fuerit, prout ostendit PRAESES *tom. III. iur. eccles.*

et pontificis attentata contra status ciuiles,

eccleſ. tit. ne clerici vel monach. ſecul. negot. ſe immiſc. Poſtquam vero epiſcopi cum pontifice in *communionem imperii* aſſumti ſunt, in id vnice incubuerunt, vt principatum ſuum magis magisque extenderent, iura imperii legitima minuerent, ac eo prætextu vterentur, quod iudicum eccleſiaſticorum eſſet, præcauere, ne peccatum in negotiis ſecularibus committeretur, quem abuſum grauiter taxarunt ſtatus imperii 1523. in *comitiis Noricis*, oblatis oratori pontificio centum grauaminibus, in quibus *art. 9. et 10.* hoc attentatum notatum eſt. Inde vero facile colligebant imperantes, pontificem epiſcoposque id vnice agere, vt prohibendo ſub ſeueriſſimis pœnis vſuras, ſecularibus negotiis ſeſe immiſcerent, et callido conſilio ſeſe in poſſeſſione vel quaſi *imperii vniuerſalis*, quam tamen *vi clam*, vel *precario* obtinuerant, ſeſe defenderent, licet facile præuiderent, fulmina ſua fruſtranea fore. Sicuti enim *commerciorum vſus* iuris gentium eſt, nec inter homines eliminari debet; ita vſurarum praxis, ſine quibus commercia concipi nequeunt, per fulmina eccleſiaſtica tolli haud potuit, quia commercia huc non tendunt, vt quis *gratis*, et ex legibus *amoris* ſuum in alterum transferat, ſed potius vt *mutuis præſtationibus* alter alterius indigentiæ ſuccurrat, id quod etiam fit per vſuras debitæ pecuniæ præſtandas.

denique ob commerciorum neceſſitatem.

Id tamen effecerunt iura canonica, vt palliata vſura reperta,

§. XXIV. Euentus etiam docuit, ipſos clericos varia ſubterfugia atque vias monſtraſſe, quibus quilibet, ſtante etiam *vſurarum* prohibitione, fructum pecuniæ ſuæ quærere queat, quorum quædam difficultate non carent, quædam *meram cauillationem* habent, et vſuras palliatas continent. Poſterius apparet 1) in emtione *annuorum redituum*, qui inſpecta rei veritate nihil aliud ſunt, quam vſuræ ex pecunia per-

in annuis reditibus,

perceptæ. Nomina tantum in hoc negotio mutata ſunt, non res. Quia enim crediderunt, *mutuum* tantum, et quod eius rationem ſapit, ab *vſuris* liberum eſſe debere, in locum illius ſubſtituerunt *venditionem*, in horum vero appellationem *annuorum redituum*, quod negotium tamen, quatenus *onus reale* continet, plus nocuit commercio, quam exactio vſurarum, vt PRAESES *diſp. de præſcript. ann. redituum*, obſeruauit, conf. SCHILTER *de bonis laudemial. §. 28. ſqq.* Hoc tamen non obſtante MARTINVS *V. in c. 1. extr. comm. de emt. vend.* huiusmodi contractum licitum et iuri communi conformem eſſe docuit. Præterea quoque 2) idem liquet ex magica et ſubtili ingenio excogitata verborum ſtructura, quibus omne ſcelus ab vſuris deleri et abſtergi poſſe, cenſet ESCOBARIVS ieſuita, cuius ſententia relata eſt a PASCALIO ſub nomine ficto MONTALTII *in literis prouinc. ep. 8. p. m. 186.* de quo autore BAYLIVS *in diction. crit. et hiſtor. ſub artic. Paſcal. lit. k.* commendandus eſt. Præmittit ESCOBAR: "non „paruam gratiam a ſecularibus inierit, qui quod in fœnore „noxium, illud reſecans, rationem tamen aliquam excogi„tarit pecuniæ quadam collocatione, non minus augendæ, „quam augetur fœnore." Hanc gratiam ſe iniiſſe patet a ſecularibus, hac cautela illis præſcripta: "is, a quo mutuo „petitur, pecunia, ſic reſpondebit: non eſt mihi pecunia, „quam mutuo dem: eſt tamen, quam licita ratione collo„cem, vt ex ea legitimum mihi redeat lucrum: quamobrem „ſi pecunia ea conditione velis accipere, vt ex ea in com„mune negotieris, fortaſſe adduci poſſum, vt iſto pacto „dem: verumtamen quia de lucro faciendo difficile conueni„tur, ſi tu mihi certum aliquid aſſignare volueris, facilius „inter nos contrahemus, ac tibi ſtatim pecuniam numerabo. Ita verbis lex ſcripta, non rebus. Nauſeant *lucrum* aliquod, vel

2) in ficta ſocietate,

vel *augmentum* in *mutuo:* non nauseant in reliquis contractibus, modo *titulo* vel nomine *vsurarum* non designetur. Nam ne quidem in aliis contractibus vsuras admittunt ex iusta caussa, veluti ob *fidem* habitam de pretio, vel ob *moram* in soluenda mercede vel pretio commissam, *c. 10. c. f. X. de vsur.* quod ita *quasi mutuum* contractum videatur, ad quod omnes *contractus* reducunt, in quibus *vsuræ pecuniæ* aliunde *debitæ* petuntur, vt eo felicius CHRISTI dogma, *mutuum date, nihil inde sperantes*, extendere possint. *c. 4. d. vsur. c. 5. X. de emt. vend.* Denique 3) vsuras tegunt in *montibus pietatis*, mensis trapeziticis analogis, qui in multis Italiæ ciuitatibus ad pauperes subleuandos constituti esse dicuntur, ab ipso pontifice SIXTO IV. approbati. Reuera tamen in his *montibus* id agitur, vt debitores, pecunia sub vsuris sumta, ab inopia temporaria subleuentur. conf. SALMASIVS de *trapezit. foen. p. 586.* DOROTHEVS ASCIANVS *de montibus pietatis.* NICOLAVS BARRIANVS *de montibus impietatis*, et MICHAEL PAPAFAVA *in decis. contra montes pietatis*, quos duos postremos tractatus ASCIANVS suo operi subiunxit. Accedo ad alteram methodum, quæ *difficultate* non caret, quæ deprehenditur in exactione *eius, quod interest*, quod probant pontifices *in c. 9. X. de arbitr. c. vn. X. de plus petit. c. 48. de sent. excomm.* Inde factum, vt creditores vsuras sibi promissas, sub nomine *eius*, quod *interest*, petierint, quod facile allegare possent, se tantum hoc modo æstimare *lucrum cessans* et *damnum emergens.* Qui enim pecuniæ suæ vsu priuatur, id quod in *mutuo* contingit, caret lucro, quod pecunia sua facere poterat, et ita *interesse* recte petere dicitur. Cape exemplum ab ipso CARPZOVIO *lib. II. in iurisp. consistor. def. 319.* ex sententia canonistarum approbatum. Mutuo dat ecclesia pecuniam sub vsuris. Quæritur, an licite? affirmat hoc CARPZOV. *in iurisp.*

3) in montibus pietatis,

4) in eo quod interest.

quo fuco vtitur Carpz. in mutuo ecclesiæ,

iurisp. consf. cit. l. n. 15. et ait: *Nec quicquam iniquitatis tandem imputari potest ecclesiæ vsuras petenti, quippe quod eas non vt vsuras, sed tanquam interesse exigere præsumatur*, pro cuius probatione prouocat ad PANORMIT. *ad c. 8. X. de vsur.* Mirandum est, CARPZOVIVM hoc fuco vsum fuisse, cum ipsemet *vsuras*, qua tales, probauerit *cit. l. n. 1.* quibus probatis, nil iniqui ecclesia committit in exigendis vsuris, qua talibus, reiecta larua, qua eas in adductis verbis inuoluit. Vnde non potuit non in Scyllam incidere volens vitare charybdin. Etenim *lib. IV. resp. 46.* contendit, in Saxonia ecclesiis aliisque piis locis in concursu creditorum, prælationem præ aliis creditoribus deberi, tum ratione *sortis*, tum *vsurarum*, addita hac ratione, *n. 8.* quod *hospitalia et ecclesiæ nunquam proprie vsuras, sed interesse petere præsumantur*, quæ ratio admodum infirma est, cum apertum sit, ipso fatente CARPZOVIO dicta *def. 319. n. 18. et 19.* et *lib. IV. resp. 50.* multum differre *vsuras* et *interesse*. Nec ratio adferri potest, cur *laicis* prohibitum esse debeat eadem vti larua, si ecclesiis hæc indulta est, qui tamen in Saxonia vsuras simul cum sorte petere nequeunt. Hac eadem larua vtitur rursus *lib. IV. resp. 49.* quo probat, ecclesiis deberi vsuras vltra *alterum tantum*, addita hac *n. 7.* ratione, *quod pia causa vsuras, quamquam de iis conuenerit, non vt vsuras, sed vt interesse petere videatur.* Ita quod *piis causis* licitum est, aliis nefas ex erronea hypothesi esse iudicatur. Interim quia plerique vsuras stipulantes hoc fundamento vsi sunt, inde in morem abiit, qui adhuc hodie in iudiciis seruatur, vsuras nomine *eius, quod interest* insignire, et ita pronunciare: Daß Bekl. das Capital cum interesse moræ zu bezahlen schuldig. Rationem huius *styli* infra ex R. I. de anno 1600. declarabo.

Inde ecclesia sortem cum vsuris simul in Saxonia deberi, contendit,

imo vltra alterum tantum.

§. XXV.

Interim rationes iuris canonici, vſuras damnantes, partim politicae ſunt,

§. XXV. Sicuti vero grauem cladem commerciis intulerunt pontifices et concilia, vſuras ſub pœna *excommunicationis* prohibendo; ita hoc factum eo iniquius cenſendum, quod rationes, quæ pro *turpitudine vſurarum* allegantur, partim friuolæ et inanes ſint, partim etiam ſapiant rationem politicam hierarchiæ, quæ etiam ſub hac hypotheſi nouum munimentum accipit. Notum eſt, iudæis, in vna *republica ciuili* coadunatis, interdictum fuiſſe, ne *inter ſe* vſuras exercerent; quamuis ab *extraneis* iure gentium, eas petere potuerint, ob commerciorum cum gentibus vſum. Hoc in vſus ſuos traxit curia Romana, conſtituitque, eccleſiam etiam eſſe rempublicam, ex omnibus Chriſtianis coadunatam et conflatam, cuius *caput ſupremum* pontifex eſſe cenſetur. Quod ergo nefas iudicatum fuit in *republica iudaica*, illud etiam nefas habitum eſt in *republica eccleſiaſtica*, quæ ſub illa, tanquam typo, adumbrata fuit. Vt ergo etiam hoc argumento ſententiam de *republica eccleſiaſtica* ſtabiliret, e re illius fuit, ſeueris pœnis vſuras prohibere, nec ab hac doctrina vllo recedere modo, quæ facile linqui potuiſſet, ſi ratio ſtatus eccleſiaſtici defuiſſet. Ceteras rationes non referam, nec examini ſubiiciam, quod ab aliis iam plena manu factum eſt, inprimis a SALMASIO *de vſur. c. 8. ſeqq.* NOODTIO *de vſur. lib. I. c. 6. ſeqq.* et CAROLO MOLINAEO *tr. de commerc. et vſur.* qui dubiis quibuſuis ſatisfecerunt, idque eo faciliūs præſtare potuerunt, quia nonnulla adduci ſolent, quæ ne quidem reſponſione indigent. Lepida ſane et ridicula ſunt argumenta, quibus vtitur VACONIVS A VACVNA *lib. I. nou. declar. ius ciu. c. 14.* et his oſtendere conatur, vſuras *contra naturam* exigi, et furti inſtar eſſe. Ait: "Sola animantia ſibi ſimilia, natura ipſa, generant: artificioſa vero „minime. At homo pecuniarum cupidus efficit, vt num-

partim inanes.

 mus,

„mus, qui animam non habet, nec vegetationem quidem, „fœnus, i. e. fœtum procreet: fœnus autem se ipsum majus „facit. in fœnore enim nummus contra naturam nummum „parit, merito igitur reprobatur -- vsura est contra naturam, „et hæc est ratio, quamobrem est reprobata." Huic ridiculæ rationi hæc quoque subiicitur: "quod pecunia mutuo da-„ta, non amplius eius, qui dedit, sed facta accipientis fue-„rit. Qui igitur, ait, ex illa pecunia fructum, veluti num-„mos, seu aliquid aliud accipit, ex re non sua accipit, et „est perinde ac si furaretur." Plures alias huius furfuris rationes quoque habet HONORATVS LEOTARDVS in *tr. de vsur. qu. 2.* quas non tangam.

Nec eliminare potuerunt penitus vsuras.

§. XXVI. Quamuis vero ita euidens ac manifestum sit, *vsuris* omne fundamentum deesse secundum ius canonicum, non item *palliatis;* fieri tamen non potuit, vt vsuræ prorsus ex vsu hominum eliminarentur, postquam commercia, hominum saluti maxime inseruientia, deleri funditus atque euerti haud potuerunt, quæ vsuris carere haud possunt. De fatis vsurarum in Germania nunc quidem duntaxat sollicitus ero, ostensurus *seculo XIII. et XIV.*, quibus concilia inprimis vsuras damnarunt, earum vsum superfuisse, et passim legibus statutariis probatum; præterea vero, quod ius canonicum vsuras quascunque reprobasset, ius Romanum autem *vniuersaliter* haud receptum esset, inde factum fuisse, vt modus vsurarum plerumque incertus fuerit, nisi statuta particularia peculiariter eundem determinassent. Equidem in *iure prouinc. Sueuic. c. 342.* apud GOLDASTVM in Reichs-Satzungen *P. I. p. 100., in Meischneriana editione* vero *c. 340.* apud Dn. de BERGER *in cod. iuris Alemannici p. 89.* iuris canonici doctrina fere ad vnguem repetita, vnde *vsus iuris canonici* colligi posse

quorum vsus seculo XIII. et XIV. docetur in Germania.

non obstante iure Alemannico veteri,

posse videtur; Quis vero nescit, quam imperite et sine iudicio sæpe huius speculi collector quiduis ex quouis consarcinauerit, adeo vt etiam in materia fideiussionis prouocauerit ad rescriptum D. HADRIANI, eumque ex summa ignorantia vocauerit: Einen Meister, der *Hadrian* heisset, quasi litera D. non *diuum*, sed *doctorem* vel *magistrum* designaret, vnde non quæuis ineptiæ in hoc *speculo* relatæ vsum forensem arguunt. In materia *vsurarum* idem euenisse, persuasissimum ex tot publicis documentis habeo, quæ *vsum forensem* illius temporis monstrant. Equidem in capitul. KAROLI M. de anno 789. repetuntur canones conciliorum, *clericis* vsuras interdicentes apud BALVZ. *tom. I. concil. p. 215. 531. 705. 893. 958. 1125.* Porro *lib. 2. capitul. c. 38. ibid. p. 749.* sacerdotes vsuris abstinere iubentur, simulque admonentur, *vt plebes sibi subditas ab eis abstinere instruant*, quod res *doctrinæ* non *legis* erat. Sic etiam *lib. IV. capitul. c. 17. ibid. p. 796.* duntaxat *excessus in vsuris*, ne scilicet *duplum* vel *triplum* recipiatur (quod ex formulis MARCVLFI infra *§. sq.* declarari potest), prohibetur, quanquam generalius vsuræ damnentur *lib. V. c. 38. ibid. p. 833. lib. VI. c. 50. p. 931. lib. VII. c. 53. p. 1038.* item in *capitul.* LOTHARII *c. 19.* apud EVNDEM *tom. II. p. 323. seqq.* quod non adeo mirandum, cum libri *capitularium*, quoad maximam partem collecti sint ex scitis ecclesiasticis. Enimuero in legibus Salicis, Ripuariis, Alemannorum, Boicariorum, Saxonum, Anglorum, Frisionum, Burgundiorum, Longobardorum et Normannorum vestigia vsurarum prohibitarum non adeo deprehendi, vt probabile sit, his populis vsuras accipere permissum fuisse.

capitularia tantum clericis vsuras prohibuerunt.

Praxis vsurarum seculi XIII. et XIV.

§. XXVII. Verum propius accedo ad tempora seculi XIII. et XIV. ostensurus, iuris canonici placita in foris ciuilibus parum fuisse admissa. Prohibitum hoc tempore fuit, ne iudæis vsurarum exactio lege publica permitteretur. *c. 12. 18. X. de vsur.* Hoc tamen non obstante Argentoratenses in *ordinat. iudæor. de anno 1375.* hæc edixerunt: **Item sie mögen auch von allen unsern Bürgern und Bürgerinnen, die unter unsere Stabe sitzen, wöchentlich zu Wucher nehmen, von jeglichen Pfunde zweene Pfennig, von 10. Schilling einen Pfennig, und von 5. Schilling einen Helbeling und nicht mehr.** It. **Sie sullent auch niemanne versagen, der unter unsere Stabe gesessen ist, Pfennige auf Pfande zu lehende, umb so viel Wuchers ane Geverde, alß dafür ist.** Ad manus est charta obligationis sub *obstagii* clausula, Argentorati conscripta IX. Kal. Martii 1382. cui in fine hæc adiecta clausula: "Et licebit etiam ipsis creditoribus vel eorum heredibus, statim post lapsum dicti mensis huiusmodi, „summam pecuniæ apud iudæos seu cawertschinos (h. e. creditores vsurarios vid. CANGIVS *in gloss. voc. Caorcini*) „super ipsorum debitorum vel eorum heredum ac successorum suorum prædictorum dampnis, VSVRIS et interesse, „iuxta IVS et CONSVETVDINEM ciuitatis Argentoratensis ac„commodare et mutuo recipere. Huiusmodi dampna VSV„RAS et interesse per ipsos debitores et eorum heredes ac suc„cessores prædictos, in solidum vna cum sorte principali „soluendas et refundendas etc." Anno 1376. ciuitates maxime Sueuiæ in *fœdus* illud *magnum*, quod vocarunt **den grossen Bund**, coiuerunt, cui etiam paulo post Eslinga certis conditionibus accessit, inter quas hæc memoratur: **Daß die Statte den von Eßlingen sullent aufbringen und entlehen 5000. Guldin, daz su die habin nutz uff unser Frowen tag**

tag Vertwihen, der nun nechst kumpt, und was man schadens oder verzinses von denselben 5000. Gulden gebent wirdt, von demselben unser Frowen tag, der nu negst kumpt aim gantzes Jahr, denselben schaden sullent alle Stette, die in diesem Bunde seyndt, gemeinlich haben. DATT *de pac. publ. lib. 1. c. 6.* Vt plurimum *vsuras* appellatione *damnorum* designarunt, vt ostenderent, se *iuste* et ex *causa optima* vsuras soluisse. Hac de causa pignorationes, hoc seculo adhuc permissæ et licitæ, non tantum ex causa *sortis*, sed etiam *vsurarum*, licite fieri potuerunt, quod multis testimoniis chartisque huius seculi h. e. de anno 1301. probatum dedit DATTIVS *de pac. publ. lib. 1. c. 16. n. 97. seqq.*

§. XXVIII. Euidentiora vestigia occurrunt in *contractu antichretico*, etiam Germanis ante ius Romanum vsitato, vi cuius creditori pignus frugiferum datum, cum facultate tamdiu fructus omnes ex illo percipiendi, donec solutum fuerit debitum. Iure *canonico* hoc negotium etiam reprobatum, quod fructus loco *vsurarum* percipiantur *c. 4. et 6. X. de pignor. c. 32. X. de iureiur. c. 1. 2. 8. 16. X. de vsur.* quo non obstante, ab antiquis temporibus hoc negotium vsitatum et approbatum fuit. Id docet formula MARCVLFI apud BALVZ. *tom. II. capitul. form. 50. p. 463.* vbi agitur *1) de pignore rei frugiferæ*, quod designat hæc formula: *propterea oppignoro tibi vineam proprietatis meæ in pago illo* et *2) de fructuum perceptione*, donec debitum fuerit redditum, his verbis significata: *et quomodo ipso fructus tantos annos transactos habueris et debito tuo tibi reddidero, cautionem meam per manibus recipiam; stipulatione subnixa.* Similis fere tenoris occurrit inter *formulas Sirmondicas num. 13. ibid. p. 475. Et pro huius merito beneficii oppignoro tibi locellum rem proprietatis*

Antichresis hoc tempore maxime vsitata.

tatis meæ, nuncupantem illum, situm in pago illo cum omni sua integritate vel soliditate. Ea vero ratione, vt quomodo tam dicti anni adimpleti fuerint, et tu fructus ipsius terræ per quinque annos tantos exinde collegeris, ego supra dictum debitum tuum tibi desoluam, et rebus meis vna cum cautione mea, de manibus tuis recipiam. Quandoque loco *vsurarum* operas promittebant, per certos dies in singulis hebdomadibus præstandas, vt monstrat formula MARCVLFI *lib. II. form. 27. ibid. p. 421.* quandoque etiam *in casu moræ* sese adstringebant debitores ad *duplum* reddendum, quo nimium modus vsurarum excedebatur *per form. 25. et 26. cit. l.* Atque hæ oppignorationum literæ, vulgo Pfandbrieffe, seculis maxime illis, quibus pontifices pro eradicando hoc contractu laborarunt, in viridi obseruantia fuerunt, tum a cæsare et statibus frequenti vsu approbatæ, vt indicant STRAVCH. *de oppignor. imper.* et GVNDLING *de iure territ. oppign.* tum etiam in priuatorum caussis adhibitæ. Ne quidem ciuitates imperii ab hoc nexu liberæ erant, nisi speciali priuilegio munitæ. Tali rebus suis prospexit Francofurtum ad MOENVM per litteras CAROLI IV. de anno 1360. apud LIMNAEVM *lib. VII. iur. publ. c. 16. n. 14.* Daß sie vor uns und des Reichs niemand pfandbahr seyn sollen um einerley Sache, und wollen und sollen auch wir und das Reich keine Pfandbrieffe über sie geben, und ob wir Pfandbrieffe über sie geben, so sollen sie keine Krafft haben. CAROLVM IV. enim non tantum vectigalia, sed etiam ciuitates imperii oppignorasse, docent ALBERTVS ARGENTIN. apud VRSTISIVM *tom. II. p. 161.* et MVTIVS *lib. XXI. chron. p. 155.* Ante hæc tempora marchioni Iuliacensi ab imperatoribus oppida nonnulla oppignorata fuisse, docet AVBERTVS MIRAEVS *in diplom. Belgic. lib. I. p. 104. nouiss. edit. in fol. tom. I. p. 220.* videlicet 1) oppidum Durense

Imo in casu moræ pœna dupli.

Exempla antiquiora seculi XIII. et XIV.

Durenſe pro 50000. florenis, 2) caſtrum Werden, vulgo Käyſerswerth, et telonium ibidem pro 39000. florenis. 3) Scultetia ciuitatis Aquenſis pro 12000. flor. 4) oppidum Sintzeghe pro 15000. floren. cum omnibus et ſingulis eorum iuribus, honoribus et pertinentiis. Confirmauit has oppignorationes prædeceſſorum ſuorum CAROLVS IV. anno 1348. *tit. l.* his verbis: "ſpondentes et firmiter promittentes pro „nobis noſtrisque in regno et imperio ſucceſſoribus, quod „præſcripta pignora præfato marchioni Iuliacenſi ac ſuis he„redibus non auferemus, nec ea cuicunque alii perſonæ ob„ligabimus vel abſoluendum vllatenus committimus, imo „ea nos vel noſtri ſucceſſores, cum poterimus, debebimus „abſoluere, et pro noſtra et imperii propria pecunia liberare. Poſterior clauſula ideo adiecta, ne imperatores aliis facultatem reluendi dare poſſent. Idem quoque proſpectum in CAROLI IV. literis oppignorationum de anno 1356. apud TOLNER. *in hiſtor. palat. in append. diplom. p. 110.* quæ ſimul indicant, poſſeſſores horum pignorum ab omni rationum de fructibus redditione liberatos fuiſſe. Alia *oppignorationum* exempla circa tempora indicata ſiſtunt STRAVCH. *de oppign. imper. §. 28.* AVCTOR *act. Lindau. p. 485. 491. ſeqq.* BROVWER *in annal.* TREVIR. *ad ann. 1321.* ANTON. MATTHAEI *de nobilit. lib. 2. c. 12.* SCHATEN *in ann. Paderborn. ad ann. 1350. 1355. 1366. 1377. 1391,* Priuatos etiam idem ius exercuiſſe, multis documentis de ann. 1385. ſeqq. probat AVCTOR *act. Lindaw. p. 694.* quod eo minus in dubium vocari poterat, quia praxis publica imperii id permittebat. Præterea etiam hoc vſitatum fuit, vt creditori, qui ſortem mutuo dederat, præſtarentur vſuræ, etiam dextantes, iure *feudi*, quo creditor inueſtiebatur a debitore tamdiu, donec ſors reddita fuerit, quod SCHILTERVS *ad ius feud. Alemann. p. 135. ſeqq.* duobus documentis

mentis illustrat. Denique quandoque fructus fundi oppignorati tantum quoad certam quantitatem concedebantur creditori, quo ipso rationibus reddendis obnoxius erat. Sic comites Helfensteinenses ciuitati Vlmæ dynastiam suam oppignorarunt anno 1382. hac formula: versetzen auch mit diesen Brieff mit rechter nützlicher Pfandsgewehr unsere Herschafft ꝛc. Eodem anno aliis literis restricta est fructuum perceptio ad 12. pro 100, vt hæc formula indicat: Daß aber wir und unsere Erben desto förderlich wieder zu der vorgenennten unserer Erbschafft kommen, und die desto baß geledigen mögen, sie haben uns die vorgenanten Bürgermeister Raht und Bürger gemeinlich der Stadt zu Ulm mit guten Willen und mit wohlbedachten Synen und Mueth für uns sie und ihre Nachkommen, solche besondere theure Freundschafft und Liebe erzeigt und gethan, also daß Ihn und ihren Nachkommen von den ehe geschriebenen 37000. fl. guter Ungar und Bohem aller jährlich nicht mehr zu bedingter Müntz werden und gefallen soll den ie von 100. fl. besondere der vorgeschriebenen Summen alle jahr 12. fl. guter Ungar und Bohem und dieselben Gülden des jährl. Zinses und Nutzes sollen auch eines jeden Jahres besonder gefallen und verfallen seyn. Hæc conuentio eo tempore eo magis iustificari poterat, tum quod limites vsuris non essent præscripti, iure *canonico* in totum reprobante vsuras, iure *ciuili* autem nondum vbique recepto: tum quod creditori antichretico omnes reditus deberentur, multo magis ergo ad certum modum restricti; id quod debitores instar *beneficii* habuerunt, vt prædicta formula indicat.

Fundata ergo olim vsura fuerunt in conventione

§. XXIX. Hæc vsurarum fata per Germaniam effecerunt 1) vt vsuræ non aliter exigi potuerint, quam *promissæ*, siue

siue *palam* siue *occulte* id fieret, veluti per *antichresin*, *annuos reditus*, *feudum*, vel *id quod interest*. In quo quidem praxis Germaniæ antiqua cum iure Romano quoad *fundamentum* conuenire videtur, vt tamen eius longe diuersæ causæ statuendæ sint. Iuris canonici dispositio contra *vsuras*, quod eas penitus per Germaniam eliminare non potuit, id præstitit, vt demum *fide data* exigerentur, maxime iureiurando corroboratæ, id quod olim vt plurimum fieri solebat, vt eo arctius debitor constringeretur. Neque enim concilia desinebant, metu fulminis ecclesiastici laicos deterrere ab hoc commercio, in Germania admodum vsitato, adeo vt in *concilio Vlmensi de anno 1267.* inprimis prouinciæ *Saltzburgensi* hoc vitio datum fuerit, quod tam clerici, quam laici vsuras acciperent. Conf. *statuta Salzburg.* de anno prædicto apud LVNICH. *in cont. 3. spicil. eccles. p. 769. c. 4.* item *de anno 1490. ibid. p. 774.* vbi adhuc antichresis, verum sine effectu, prohibita est. II) Inde quoque factum, vt vsuræ ad *certam quantitatem* publice haud potuerint restringi, si exceperis quædam statuta particularia, temporibus designatis condita. Maluerunt enim magistratus ab huiusmodi legibus abstinere, ne crabrones irritarent, interim tamen *ex commerciorum necessitate* vsuras permittere, et secundum illas iudicare. III) Quia vero graues abusus eo ipso committebantur, quod vsuræ essent indefinitæ, et tamen e re Germaniæ esse, deprehensum fuit, publicis imperii legibus eas potius permittere, quam inani conatu eradicare, vtrique remedio publico prospectum est.

sed lege publica non determinata,

§. XXX. Etenim 1) *in rec. imp. de anno 1530. tit. 26. §. 8. de anno 1577. tit. 17.* annui reditus, qui sunt palliatæ vsuræ, ad quincunces restricti sunt, contra *iuris canonici* dispositionem,

Tandem annui reditus ad 5. pro 100. restricti,

et in mutuo quincunces permissa in casu moræ,

sitionem, quo illi maiori libertate gaudebant. 2) Præterea *in R. I. de anno 1600.* §. So viel nun 152. cautum, vt in *mutuo* ob *moram* vsuræ *quincunces* peti possint sub colore eius quod interest, daß nemlich in den vorgefallenen Streit, ob nicht in contractibus mutui, damit die Partheyen in puncto liquidationis an unsere Käyserl. Cammergerichte des langweiligen Processes enthaben seyn möchten, auch jetztgemeldt Cammergericht, damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore moræ zu statuiren und zu setzen, für billig erachtet, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinen Gläubiger von derselben zeithero (der Vermuthung halber, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten von hundert fünff wohl haben möge) das interesse zu entrichten und guth zu machen schuldig, welches wir uns auch also gnädigst gefallen lassen; so ordnen und wollen wir nochmals, daß solch interesse a tempore moræ erstattet, und derentwegen dem creditori 5. fl. von hundert bezahlet werden, oder aber dem creditori solche 5. fl. nicht annehmlich, sondern er vermeinen wolte, tam ex lucro cessante, quam damno emergente, ein mehrers zu fordern, daß ihm alsdenn sein gantzes interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren und zu bescheinen, und der richterlichen Bekäntnüß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll. Hæc constitutio vsuras *pecuniæ mutuaticiæ* in casu *moræ* permisit contra iuris Romani dispositionem. Rationem huius nouæ legis in eo collocarunt proceres, quod verum interesse in *quincuncibus* deprehendi censeatur et præsumtio sit, creditorem post moram potuisse *quincunces* ex pecunia sua lucrari, annuos reditus, tunc ad quincunces restrictos, emendo. Hoc modo *fundamentum vsurarum pecuniæ mutuaticiæ* vnice collocatum in

vt fundamentum vsurarum primario

mora

mora videtur, quod *ius ciuile* non admittebat; eius fundamenti vero, quod *ius ciuile* assumsit, nulla fit mentio in constitutione prædicta. Vnde denuo lis orta fuit: Vtrum vsuræ etiam ex *pacto* seu *promissione* peti possint? Equidem BLVMIVS *in processf. Cameral. tit. 34. n. 105.* censet, nunquam vsuras aliter in camera creditoribus adiudicari, nisi a tempore *moræ*, non etiam si expresse promissæ sint; id quod tamen vix probabile est. Eadem enim ratio, ob quam in casu *moræ* vsuræ permissæ sunt, sub titulo eius *quod interest*, easdem etiam admittit, si *pacto* expresse promissæ. Aeque creditor hoc in casu, vt in *mora*, allegare potest, receptis approbatisque annuis reditibus, se potuisse *quincunces* quotannis lucrari ex quantitate centum thalerorum, si eam mutuo non dedisset, adeoque eodem titulo, h. e. eius quod *interest*, sibi illas deberi. conf. RVLAND. *de commiss. P. IV. lib. 6. c. 6. n. 14.* Imo iam ante R. I. de anno 1600. sub titulo eius *quod interest*, maxime a temporibus MARTINI V., annuos reditus probantis, vsuras promiserunt debitores, et inde iustificarunt creditores, quod, mutuo non dato, potuissent nummos suos sub annuis reditibus elocare, et inde quincunces quotannis lucrari, quamuis de eo in iudiciis ex diuersis principiis litigatum fuerit, adeoque hoc vsurarum fundamentum demum extra controuersiam in dicto recessu constitui debuerit.

In mora collocatum fuerit, legibus imperii.

Imo etiam in conuentione.

§. XXXI. Ad minimum inde liquet, primum fundamentum vsurarum *ex pecunia mutuaticia* debitarum legibus imperii in *mora* constitutum fuisse. Alterum fundamentum, quod in *conuentione* constitui, æque per *interpretationem* ex *cit. Rec. I.* deduci posse censui, cum eadem ratio, ex qua in casu *moræ* debentur, etiam obtineat in *conuentione* super

Posterius illustratur ex R. I. de anno 1654.

vſuris inita, adeoque eadem diſpoſitio etiam hic locum habere debeat. Atque ſecundum hanc ſententiam paſſim iam approbatam diſpoſuerunt imperator et ſtatus imperii *in R. I. de anno 1654. §. 174.* vbi etiam *conuentionales vſuræ* recenſentur. Anreichend die künfftige Zinß und intereſſe, ſollen von nun an dieſelbige, ſie ſeyn aus wiederkäufflichen Zinſen, oder vorgeſtreckten Anlehn herrührig und verſprochen ꝛc. Movit tamen circa hunc textum dubia TEXTOR. *in diſſ. XIV. ad dict. rec. §. vlt.* cenſuitque, non ſimpliciter *vſuras conuentionales* in verbis adductis probatas fuiſſe, quod textus loquatur, *de mutuo non aliter, quam quatenus ex conuentione contrahentium certus ſtatutus eſt ſolutioni terminus, quo lapſo, quia debitor in mora eſt, mirum videri non debeat, ſi hinc obligetur ad vſuras, cum id quadret conſtitutioni de anno 1600.* Addit præterea: *quod ſi promiſſæ quidem ſint vſuræ, non tamen certo aliquo ſolutionis termino, ibi putamus inſpiciendo ius conſtitutionum imperii non currere vſuras, niſi a tempore moræ perſonalis, ſiue ex quo debitor congrue admonitus eſt de ſolutione.* Idque inde erui poſſe cenſet, quod dictus §. 174. neceſſitatem ſoluendarum *vſurarum conuentionalium* expreſſe reſtringat ad tenorem conſtitutionum imperii per verba: jedoch nach Ausweiſung der Reichs-Conſtitutionum etc. Enim vero I) *cit. §. 174.* generatim loquitur *de vſuris conuentionalibus*, quæ vſuris ex *mora* opponuntur, in qua nulla *conuentione* opus eſt. II) Ex nullo indicio apparet, *cit. textum* diſponere tantum de mutuo, cuius ſolutioni *certus terminus* præfixus eſt, quia huius circumſtantiæ nulla iniicitur mentio. III) Quia *in conuentionalibus* eadem ratio militat, quæ in eis, quæ ex *mora* debentur, expreſſe approbata eſt, probabile admodum eſt, proceres imperii duplex fundamentum vſurarum agnouiſſe in verbis herrührig (ex mora) und verſprochen,

Dubia a Textore circa R. I. de anno 1654. mota remouentur.

sprochen, quæ verba recte in *sensu diuiso* accipi queunt. IV) Prouocatur quidem *in cit. tex.* ad *constitutiones imperii*, sed tantum quoad *quantitatem vsurarum*, vt verba ipsa declarant; Jedoch nach Anweisung der Reichs-Constitutionen und weiter nichts als 5. pro cent, alle und jede Jahren in verglichenen terminen, unfehlbahr bezahlet rc. Hac de causa quoque factum est, vt iuxta plerasque constitutiones prouinciales vsuræ æque *ex conuentione*, ac quidem *ex mora* in *pecunia mutuaticia* peti queant, adeo vt ipse TEXTOR. *cit. l.* fateatur, moribus nostris vsuras deberi a tempore *conuentionis*, non tantum a tempore *moræ*. Alia fundamenta petendarum vsurarum hodie deficere videntur, æque ac iure Romano, adeo vt cessante *mora* et *conuentione*, illæ ne quidem ob *compensationem vsus pecuniæ mutuaticiæ* peti queant, quod *mutuum* sua natura gratuitum sit a parte *accipientis*; quamuis in aliis bonæ f. contractibus, ex hoc fundamento vsuræ debeantur, vt in mandato societate etc.

De fundamento vsurarum ex iure Lubecensi.

§. XXXII. Superest, vt de fundamento vsurarum ex *iure Lubecensi*, paucis agam. Hoc iure tantum ex *mora* vsuræ debitæ esse videntur, iuxta *P. III. tit. 1. art.* 2. et quidem hoc modo: Ist einer dem andern schuldig, es sey vom gelehntem Gelde, oder sonst richtig liquidirter Schuld, auf eine gewisse Zeit zu bezahlen, hält er den termin nicht, sondern behält das Geld nach dem Tage bey sich, freventlicher muthwilliger Weise, wird er darum gerichtlich besprochen, so soll er wiederum seinem creditori so viel Geld so lange lehnen, als er nach dem Tage gehabt, oder er muß ihm den beweißlichen Schaden ausrichten. Secundum hanc legem debitor alternatiue obligatur. 1) Quæritur ergo, cui electio competat? MEVIVS *ad cit. tex.* illam tribuit debitori; fatetur tamen in praxi

praxi aliud obtinere, quod etiam iuri conuenire sentio, quia hæc alternatiua præstatio in *fauorem creditoris*, contra morosum debitorem introducta, eidemque ideo electio tribui debet. 2) In præstatione eius quod *interest*, ius hoc se accommodauit ad ius canonicum, sed non in altera præstatione. Censuerunt enim canonistæ ex doctrina GLOSSAE *ad clem. 1. de vsur. ad verb. onera* tale pactum esse vsurarium, cum ciuitas vel iudex vel potestas statuit, vt vsuras repetentes cogantur, vsurario pecuniam tanto tempore mutuare, quanto pecuniam vsurarii tenuerunt. *Conf.* CORVINVS *in aphor. iur. can. lib. IV. tit. 27. §. 7.* 3) Profluxit hæc dispositio ex principiis iuris canonici, vsuras simpliciter damnantis, quod eo magis in ciuitate, quæ commerciis ab antiquo inclaruit, mirandum, cum tamen hæc sine *vsura* vix subsistere queant. 4) Quoniam præstatio eius *quod interest* rectius commodis creditoris inseruit, et tamen eius probatio difficillima, quincunces hodie petere potest, quod iuxta *R. I. de anno 1600.* in his *præsumtum interesse* latitare videatur, vt probationem non desideret, quod etiam MEVIVS asserit. Denique 5) quia hodie vbique vsuræ etiam ex sola *conuentione* debentur, quid impedit, quo minus etiam in locis, vbi *ius Lubecense* receptum, illæ peti queant, vt in Pomerania, in qua *hic articulus* ne quidem receptus, teste MEVIO *cit. l. n. 4.* vtut in ceteris *iure Lubecensi* vtantur. Imo crederem, hodie ne quidem Lubecenses ab *vsuris conuentionalibus*, in vniuersum probatis, alienos fore, licet his textus adductus resistere videatur.

EXER-



EXERCITATIO LXIIII.

AD LIB. XXII. PAND. TIT. II.

DE

PROBATIONE IN CRIMINALIBVS SPVRIA.

ARGVMENTVM.

I. Legitima probatio in criminalibus. II. Certitudo facti est vel absoluta vel moralis. III. Gradus certitudinis moralis. IV. Spuria probatio quid? V. Origines superstitiosae probationis. VI. Hoffmanni sententia. VII. Ortum duxit 1) ex reliquiis paganismi. VIII. 2) ex superstitione monastica, inprimis ex opinione indicii diuini. IX. 3) ex superstitione opinatorum miraculorum. X. Modus solemnis spuriarum probationum. Iudicium aquae frigidae. XI. Eius solemnitas Eugenio II. vulgo adscripta. XII. An ei recte tribuatur? XIII. Spuriae probationes generatim reprobatae pontificibus. XIV. Exorcismorum superstitio et abusus in eisdem. XV. Eius occasio ex superstitioso more res inanimatas exorcizandi. XVI. Vsus iudicii aquae frigidae in magia. XVII. Iudicium per lancem et stateram, XVIII. per aquam feruentem, XIX. per ferrum candens, per rogum accensum, XX. per crucem, XXI. per panem execratum, per eucharistiam, per sortes, XXII. per duellum. XXIII. Huius solemnitas. XXIV. Iudicium per iuramentum. XXV. Recensio legum et canonum, quibus probatae spuriae probationes XXVI. Tandem damnatae sunt et reprobatae.

§. I.

Probatio legitima in criminalibus.

Omne in criminalibus fert punctum *legitima probatio* vel *criminis* vel *innocentiæ*, quæ proinde recte ad *substantiam iudicii* refertur. Si accusator prorsus deficit in probando, reus absoluendus, quem secundum iura condemnare non licet, nisi *confessum* aut *legitime conuictum. l. f. C. de custod. reor.* Ita recte rationes subduxit CONSTANTINVS M. in *l. 1. C. Theod. quorum appell. non recip.* constituendo, prouocationes eorum non esse suscipiendas, quos

per probationes dilucidas.

confessio propria vel dilucida et probatissima veritatis quæstio probationibus atque argumentis detexerit. His idem imperator principiis instruxit iudicem, quæstionibus præpositum, atque in *l. 16. C. de pœnis* ita cauit: "qui sententiam laturus „est, temperamentum hoc teneat, vt non prius capitalem „in quempiam promat seueramque sententiam, quam in a„dulterii, vel homicidii, vel maleficii crimine aut sua con„fessione, aut certe omnium qui tormentis vel interroga„tionibus fuerint dediti, in vnum conspirante concordante„que rei finem, conuictus sit." Testes olim quandoque torturis subiecti, vt sub tormentis veritatem dicerent *l. 21. §. 2. D. de testib.*, vt nequidem clerici exciperentur, exceptis presbyteris *l. 8. C. de episc.* quorsum collineat CONSTANTINVS in *cit. l. 16.*, de qua materia plenius agit GVAZZINVS *de defens. reor.* Verum hoc iam non ago, vt quæ huc pertinent, enucleem: sufficit ostendisse, *argumenta dilucida, manifesta* et *probatissima* in criminibus desiderari, vt quis condemnari queat, præsertim si capitale supplicium con-

qua talis sit?

demnato imminet. *Dilucida* vero atque *manifesta* argumenta dicuntur, quæ *luce meridiana* clariora, et ita comparata sunt, vt instar luminis cuiusuis animum de *veritate rei* informent,

forment, eumque conuincant, adeoque nulla obſcuritate laborent, h. e. per rectam rationem facultatemque illam, qua rationes ſubducimus, et verum a falſo ſeparamus, *clare* et *diſtincte* cognoſci et intelligi poſſint. *Probatiſſima* denique vel ideo appellantur, quod nullum dubitationibus locum relinquant, ſed plene concludant, vt *certitudo facti* ſeu aſſenſio firma intellectus noſtri orta ex ſenſionibus euidentibus et rationibus adductis, inde naſcatur, aduerſus quas nullas amplius dubitandi rationes adferre queamus.

§. II. Illa vero argumenta, quibus animus iudicis de *veritate facti* conuincitur, pariunt vel *certitudinem abſolutam*, quæ fallere nequit; vel *moralem*, quæ in tali *veroſimilitudine* conſiſtit, quæ quidem fallere poteſt, ſed rariſſime fallit, atque operatur, vt homines recta ratione vtentes ei tamdiu aſſenſum præbeant, donec probetur contrarium. *Abſoluta certitudo* facti vel rei operatur *ſcientiam*, qua inſtructus, *certam* habet rei *cognitionem*, quam demonſtrare et deducere poteſt ex principiis indubitatis, imo etiam ex *ſenſibus*, quod vel *inſpectio ocularis* demonſtrat. Si ergo ex illa conſtat, virginem eſſe grauidam et ex grauiditate partum edidiſſe, ſtuprum plene probatur. *Moralis certitudo* operatur *opinionem* vel *fidem* eiusmodi, qua inſtructi non poſſunt non aſſertioni affirmatiuæ vel negatiuæ aſſentire, vt vel ex depoſitione teſtium duorum, omni exceptione maiorum, liquet. Rariſſime hæc fallit, fallere tamen poteſt, ſi *mendacii* teſtes conuinci queunt, quod contigit in teſtibus, honoratis admodum quidem, ſed de falſo conuictis in iudicio contra Suſannam edito. Interim ex decreto diuino duobus teſtibus tamdiu *fidem* habere decet in factis controuerſis, donec fuerit contrarium euictum. Talis fides admitti debet in

Certitudo facti vel abſoluta vel moralis.

abſoluta,

moralis.

rebus facti, quæ logice demonſtrari regulariter nequeunt, adeoque aſſenſum meretur propoſitio tum propter *fidem* et *auctoritatem aſſerentis*, tum propter *rationem*, qua dicti ſui certitudinem firmat. Non aliter enim certa noſtro animo ingenerari poteſt opinio et fides, quam ſi conſtat, tum quod *poſſit* veritatem facti referre, tum etiam quod vera dicere *velit*, ex quibus duobus principiis fides teſtibus conciliatur, vt plene in iudiciis quibuscunque probare queant.

Gradus certitudinis ſummus, §. III. Sicuti vero probabilitatis varii ſunt gradus, prout argumenta, quibus efficitur, id ſuadent; ita recte aſſeri poteſt, hunc eſſe ſummum eius gradum, qui *certitudinem moralem* operatur, vt homines recta ratione vtentes ei aſſenſum praebere queant, prout de *duobus teſtibus* dictum, et de *documentorum* indubitatorum fide conſtat. *infimus,* Infimus fidei gradus ex eiusmodi argumentis trahitur, quæ vtplurimum fallunt, aliquid dubii tamen relinquunt, et *leuem ſuſpicionem* operantur, quorſum *fama* plerumque pertinet, quæ fallax et homines facile decipit, interim ſuſpicioni locum apud pleroſque relinquit. Qui interrogatus pallet, ſuſpectus creditur, naturalis tamen timor in cauſa eſſe poteſt, cur palleat. Canoniſtæ illud exemplo clerici, in amplexibus mulieris deprehenſi, illuſtrare ſolent quod non ex libidine ſed *animo benedicendi* id facere credendus ſit, quamuis non deſit ſuſpicio ſiniſtra. *conf. c. 14. C. 11. q. 3. c. 8. D. 96.* Inter ſummum et infimum collocandus eſt *medius* probabilitatis *gradus*, *medius,* qui veritati propius accedit, non tamen omni caret dubio, quod non raro fallere queat, quorſum illa argumenta in iure criminali pertinent, ex quibus tortura dictari poteſt. *in recta ratione fundati.* Interim omnes hi gradus ita comparati ſunt, vt fundamentum in *recta ratione*, vnde quid colligimus, habeant,

beant, et per eam vel *certo* vel *probabiliter* cognoſci queant, vel ad minimum aliquid *ſuſpicionis* operentur, adeoque ad *artem cogitandi* ſeu *logicam* proprie ſpectant, vnde illa ICtus aſſumit, et legislatores atque iudices trahunt. Ex eiusmodi naturalibus principiis fluebat iudicium SALOMONIS, quod etiam in *c. 2. X. de præſumt.* memoratur, ex quibus colligebat, quæ eſſet legitima infantis mater; facile enim coniectura aſſequi poterat rex ſapientiſſimus, affectum naturalem non poſſe non matrem legitimam prolis manifeſtare. Si ſolus cum ſola: nudus cum nuda in eodem lecto iacentes deprehenſi fuerint, matrimonio inter ſe non iuncti, probabiliter adulterium commiſiſſe creduntur, quod rurſus naturalem habet rationem ex hominum indole deductam. *c. 12. X. de præſumt.* Quæ magnopere a vero abſunt, vt fidem non mereantur, ea rurſus per *rectæ rationis* regulas habentur et oſtenduntur, vt pontifex in *c. 15. X. de præſumt.* rationes ſubducit, et pro epiſcopi Hungarici de adulterio accuſati, innocentia demonſtranda has rationes adfert: "quis de facili crederet, quod vir præditus ſcientia literarum, propriæ ſalutis oblitus, ad eam paſſionis ignauiam ſe conuerteret, vt cum propria nepte abominabilem perpetraret inceſtum? cum etiam ſecundum ſententias ethnicorum naturale fœdus inter tales perſonas nihil permittat ſæui criminis ſuſpicari." Denique loci, qui vulgo vocantur *topici*, nihil aliud ſunt, quam *ſedes argumentorum a recta ratione* ſuppeditatorum, ex quibus aliquid vel probabiliter vel certo colligi ab homine ſanæ mentis poteſt, de quibus QVINCTILIANVS *lib. V. c. 10.* in compendio agit. IDEM poſtquam *lib. V. c. 10.* recte aſſeruit, *ex præteritis æſtimari ſolere præſentia*, ex recta ratione hoc *lib. VII. c. 2.* illuſtrat: *ducitur coniectura a præteritis. In his ſunt perſonæ, cauſæ, conſilia.*

lia. Nam is ordo eſt, vt facere voluerit, potuerit, fecerit. Ideoque intuendum ante omnia, qualis ſit, de quo agitur.

Spuria probatio a recta ratione aberrans.

§. IV. Quemadmodum vero meditatio mea haud directa eſt ad *modos legitimos*, factum probandi, eruendos, ſed, quæ adduxi, huc vnice redeunt, vt doceant oſtendantque, quæ ſit *ſpuria* in criminalibus *probatio*, cum oppoſitorum oppoſita ſit ratio; ita nunc propius me accingo ad ſpurios hoſce modos, quibus in grauiſſimis criminibus, ipſis legibus et antiquis formulis ſuffragantibus, vſi ſunt maiores, quique nonnunquam adhuc hodie quibusdam in locis adhibentur. *Spurios* autem illos *modos* voco, quos nulla ratio recta vel in principio quodam naturali fundata aſſequitur, nec in ſede quadam argumentorum logicorum ordinaria offendit, ſed vel ſuperſtitioſa credulitas ab omni tamen ratione aliena vnice produxit, vel gentilium inſtituta idololatrica poſt ſe reliquerunt, vt ſunt probationes *per ignem* et *aquam*, per *duellum* et ſimiles modos ſpurios. Tales probandi *modi ſpurii* penes illos duntaxat aſſenſum merentur, qui vſum rationis abiiciunt, ſola ſuperſtititione ducti. Hæc enim *temerariam* et *irrationabilem credulitatem* operatur, quod eius genuina et certa ratio dari non poſſit, adeoque merito ab his repudiatur, quos ab omni ſuperſtitione et vulgi opinione inepta liberauit cultior intellectus ſaniorque philoſophia.

Origo ex idololatria reliquiis et ſuperſtitione

§. V. Quod ſi *originem* huius *ſpuriæ probationis* intuemur, ad illa tempora eius initia referenda, quibus tot barbaræ gentes, gentiliſmo idololatrico relicto, CHRISTO nomen dederunt, ſed ſimul eo tempore ad Chriſtianam religionem acceſſerunt, quo iam *ſuperſtitionum* omnia plena et tenebrarum caligo lumen cœleſte ita obſcurauerat, vt nubem

pro

pro Iunone facile acceperint. Hæc corrupta rei ecclesiasticæ ratio facile permisit, vt ex institutis et moribus antiquis plura retinerentur ipsius CHRISTI doctrinæ aduersa, adeoque admodum probabile est, plerosque spurios probandi modos *gentilium* deberi institutis, et eo facilius, gentilibus ad fidem conuersis, retentos, quod superstitio illis iam principiis eam instruxerat, quæ hos irrationabiles modos propugnare et facilius legitimare possent. Triplex fundamentum hos spurios probandi modos, de quibus hic agendum, per plura secula inter christianos probauit, videlicet: 1) *paganismus* in christianismo a gentibus barbaris seculo V. recepto propagatus, parum reformatus: 2) *dominatus monasticæ superstitionis*, regni tenebrarum verum initium, quod hoc seculo in clericatum cooptarentur inprimis monachi, et *superstitione*, speciem *sanctioris vitæ* præ se ferente, omnia implerent. SIRICIVS papa *epist. 1.* desiderium cooptandi monachos in clerum his prodit verbis: *monachos quoque, quos tamen morum grauitas et vitæ ac fidei institutio sancta commendat, clericorum officiis aggregari et optamus et volumus.* Laudauit more suo hoc institutum THOMASSINVS *tom. I. de vet. et noua eccl. discipl. lib. 3. c. 14. §. 5.* et, *nec tantum*, ait, *vt aptetur quis sacerdotio, opportunissima est monastica institutio: sed etiam vt sacerdotii sanctissima ministeria ea, qua par est, sanctimonia impleantur.* Ex communi præiudicio edisserit THOMASSINVS, quo creditum fuit, sanctitatem vitæ per affectatos quosdam et secundum regulas compositos mores effici, et pietatem in simplici et irrationabili credulitate consistere, qua tot falsa pro veris assumta sunt. Accedebat quoque 3) nimium *miracula expetendi* imo quacunque occasione a Deo extorquendi studium, quorum frequentiam in hoc vel illo monasterio aut ecclesia alius laudabat, alius confir-

a gentilibus deducenda,

primum fundamentum, paganismus: secundum est superstitio monastica

tertium est miraculorum appetitus.

confirmabat, rursus alius nouis augebat fabulis, vt simpliciores, parum in rudimentis fidei exercitati, lubenter narratiunculis assensum praeberent, et in eo, quod Deus *extra ordinem* facere solet, ordinariam omnipotentis DEI viam et modum operandi quaererent, vt hi ipsi modi spurii testantur.

Confirmatio horum fundamentorum.

§. VI. Veritatem huius assertionis quodammodo suspectam reddere voluit HOFFMANNVS professor in Viadrina celeberrimus in tr. *de orig. et natura legum Germanic. sect. 2. §. 2. p. 39. sq.* censuitque, vnicum duntaxat fundamentum horum spuriorum modorum constituendum esse, scilicet in *superstitione*, nec a *gentilibus* aut ritibus paganicis eos, maxime vero duella, repetenda, quod demum eorum vsus inter gentes barbaras referatur, postquam Christo nomen dederunt, adeoque corruptis christianismi principiis in effectu natales adsignat. Quemadmodum vero facile admitti potest, *superstitionem* credulam et pronam in miracula ambienda voluntatem admodum promouisse illegitimos probandi modos, ita negari nequit, ritus paganicos, vulgo *religiosos* creditos, haud plane a gentilibus depositos, postquam vtplurimum peruersa methodo ab his ad fidem christianam tracti, qui vulgo *sancti* dicti et crediti, quorum tamen vita, mores, gesta, aliud quid indigitant, et ab integritate apostolica longe recedunt. Hi mores gentilium inveteratos cum prorsus abolere non possent, nouis quibusdam sacris eos muniendos et condecorandos censuerunt, vt etiam accedentibus ad fidem christianam relinqui possent. Neque enim credibile est, modos hos vnice inter ipsos christianos nasci potuisse, qui principiis regulisque christianismi aduersantur, quamuis semel in paganismo nati inter christianos peruerse conuersos facile propagari atque augeri potuere.

tuere. Speciatim id ipsum demonstrat B. THOMAS. *de occas. concept. et intent. constit. crimin. carol. §. 19. in not. lit. z.* exemplo *duellorum*, apud plerosque septentrionales populos, antequam ad fidem christianam accederent, vsitatorum, quibus vel innocentiam vel crimen imputatum vel aliud quid probare intenderunt. Mores horum populorum bellicosi, priuatis certaminibus assueti, tali iudicio omnino conueniebant; adeoque minus probabile est, ex sententia HOFFMANNI hoc demum post assumtam fidem christianam ab his populis natum fuisse. Quamuis enim variis postea sacris ritibus id ipsum condecoratum fuerit, vt pietatis quandam vmbram spiraret, hæc tamen prima eius initia haud demonstrant. Idem iudicium quoque ferendum de probatione per *ignem*, *aquam frigidam* et per *sortes*, quorum modorum semina iam apud gentiles obuia sunt, quibus pedetentim noui quidam adiecti veluti per *crucem*, *eucharistiam*, *caseum exsecratum*, imo etiam per *iuramentum*.

Primum fundamentum ex reliquiis paganismi.

§. VII. Primum ergo horum modorum fundamentum secure constitui potest in *profanis paganismi principiis*, quibus hi admodum conformes erant. Miraculosas probationes huiusmodi, vt sacris suis ritibusque fidem facerent, excogitarunt mystæ gentiles, penes quos fuit sacra et mysteria populo proponere et explicare. Variis præterea *diuinationibus idololatricis*, *oraculorum responsis*, aliisque profanis ritibus deceperunt populum credulum, vt non mirandum sit, eos etiam spurios huiusmodi modos, quos sacris annumerarunt, admisisse et inculcasse, vt ANTON. VON DALE *de oracul. vet. ethnicor.* item *de idololatr. superstit. et diuinat. orig. et progressu* plena manu docet. Variis id ipsum testimoniis illustrat probatque BECMANNVS *de iudic. Dei §. IV.*, quæ ostendunt,

ſtendunt, miraculoſam quandam et diuinam his modis ſpuriis virtutem a gentilibus adſcriptam fuiſſe, occultiſſima etiam eruendi. Teſtis eſt EVSTATIVS (quem alii EVMAVHIVM vocant) *de amoribus Ismeniæ et Ismenes lib. VIII. et XI.* Artycomide et Daphnopoli fontes fuiſſe, quibus pudicitia in virginibus probata eſt. *Hi fontes*, ait, *virginem ereptamque virginitatem indicant*, quod in ſequentibus plenius enucleat. Hoc miraculoſo modo Tucciam virginem veſtalem inceſti criminis ream caſtitatem ſuam probaſſe refert VALERIVS MAXIMVS *lib. VIII. c. 1. §. 5.* additque, eam *conſcientia certæ ſinceritatis ſuæ ſpem ſalutis ancipiti argumento petere auſam fuiſſe. Arrepto enim cribro, Veſta, inquit, ſi ſacris tuis caſtas ſemper admoui manus, effice, vt hoc hauriam e Tiberi aquam, et in ædem tuam perferam. Audaciter et temere iactis votis ſacerdotis rerum ipſa natura ceſſit.* Neque *ignis iudicium* ignotum fuiſſe gentilibus, liquet ex iis, quæ enarrat SOPHOCLES *in Antigone* de Creonte rege, qui cum publico decreto mortisque pœna indicta corpus Polynicis ſepeliri vetaſſet, et Antigone clam fratrem ſepulcro tradidiſſet, cuſtodes regii ſemet ipſos grauiter incuſare cœperunt, quod culpa vnius foret, non omnium, cuſtodia per noctis partes cuilibet diſtributa. Cumque de ea re ſolertiſſime inquirerent, remque ad regem Creontem referrent, is hoc modo dixiſſe legitur:

Nemo deprehenſus eſt, nosque latuit
Sumus vero parati et candens ferrum manibus tollere
Et per ignem ſerpere, Deosque iurare nec feciſſe nos, nec fuiſſe conſcios
Eius, qui hac de re conſilium habuerit, nec eius qui eam fecerit.

Ita

Ita vero liquet, etiam iusiurandum ad probandum fuiſſe admiſſum, ſed adhibito quodam *iudicio diuino*, vnde iuramento fides conciliari poſſet. ACHILLES TATIVS *de amor. Clitoph. et Leucippes lib. IX.* hoc ipſum nouo probat argumento. "Cum violatæ pudicitiæ aliqua arguitur, eum in fontem (ſtygis nomine prope Epheſum) compellitur, cuius vnda vix medias tibias attingit. Iudicium autem fieri hoc pacto conſueuit. Quæ delata eſt, falſo ſe inſimulari iurat, iusiurandumque in tabella deſcriptum collo ſuo alligatum ſuſtinens, in fontem deſcendit. Ac ſi verum iusiurandum iurauerit, aqua omnino immota manet; ſin minus, intumeſcit, atque ad collum vsque ſe attollens tabellam contegit." Aquæ iudicium Celtis olim vſitatum fuiſſe variis teſtimoniis probatum dedit FRIDERICVS HEINIVS *de probatione, quæ olim fieri ſolebat per ignem et aquam p. 26.* Alludit huc ſine dubio CLAVDIANVS *lib. II. in Rufinum vers. 110.*

Inde truces flauo comitantur vertice Galli,
Quos Rhodanus velox, Araris quos tardior ambit,
Et quos naſcentes explorat gurgite Rhenus
Quosque rigat retro pernicior vnda Garumnæ.

Etenim Germanicarum et Gallicarum nationum accolæ Rhenenſis tractus in more habuiſſe dicuntur, infantes recens natos fluuio imponere, vt ſi natare ſcirent, vel enataſſent alveum, legitimi haberentur; illegitimi vero, ſi cederent flumini, vt obſeruat BARTHIVS *in not. ad cit. l.* Denique Germanos lites *armis diſcernere*, non *iure terminare*, autor eſt VELLEIVS *lib. II. c. 118.* vnde aperte conſtat, monomachiæ iudicium iam populis his bellicoſis vſitatum fuiſſe, antequam albo chriſtianorum inſcriberentur.

Fundamentum alterum in monastica superstitione.

§. VIII. Alterum momentum constitui potest in *monastica superstitione*, quæ mores gentiles, ad quos recens conversi admodum proni erant, approbauit, nouis tamen palliauit coloribus, præceptisque illis instruxit, quæ speciem quandam deuotionis habere possent, haud memores illius dicti prophetici; *Ierem. X. 2. Sic dicit Dominus: viam gentium ne discatis.* Asseruerunt enim, in rebus occultis ambiguisque deficere *humanum*, quærendum vnice *diuinum iudicium:* explorandam voluntatem supremi Numinis per *signa*, et veritatem facti *extraordinaria ratione* ab eo expetendam, qui fallere nescit: Deum, qui corda singulorum rimatur, innocentiam vel veritatem criminis signo quodam indicaturum esse, sicut olim beneficio *aquæ amaræ* manifestabatur vxoris vel innocentia vel reatus, *Num. V. 15. sqq.* atque remedio *sortis* extraordinario furtum Achani: *Ios. VII.* ecclesiam hac diuina virtute præditam esse, vt naturam elementorum immutare, et pro manifestanda veritate extraordinarium motum ab eis extorquere possit. Hanc ob rem *DEI iudicium* in his probandi modis quærebant, eoque encomio eosdem ab impietate vel superstitione purgare studebant. Optime id obseruat GERARDVS DV BOIS *in histor. Paris. eccl. tom. II. lib. 12. c. 3.* "erat scilicet ea existimatio, vt ex DEI iudicio „liber criminis videretur, qui sine adustione ferrum candens „tangeret immotus et inoffensus in aqua frigida, aut feruen„ti aliquo tempore consisteret, aut partem corporis illæsus „mergeret: is quidem mos peruersus a barbaris gentibus di„manauit. Germanis in vsu fuisse TACITVS tradit, et Lon„gobardos eo quoque vsos, leges, quæ eorum nomine ex„tant, fidem faciunt. Gundobadus rex Burgundionum de „hoc iudiciorum genere legem tulit. Postquam barbaræ „gentes inuaserunt imperium Romanum, facile hanc consuetu-

quasi DEI iudicium his modis miraculosis adesset.

„ſuetudinem in chriſtianos mores induxerunt; in eam „ſcilicet eo procliuius chriſtiani iuerunt, quod ſæpius primis temporibus DEVS innocentiam fidelium ſignis manifeſtis oſtenderet." Ad hoc *iudicium diuinum* prouocauit CAROLI craſſi coniux RICHARDIS, cum ex zelotypia mariti adulterii inſimularetur. *Illa* enim *non ſolum ab eius* (mariti), *ſed etiam ab omni virili commixtione ſe immunem eſſe profitetur, et de virginitatis integritate gloriatur, idque ſe approbare* DEI OMNIPOTENTIS IVDICIO, *ſi marito placeret aut ſingulari certamine aut ignitorum vomerum examine, fiducialiter affirmat*, vt ait REGINO *lib. II. chron. 887.* apud PISTOR. *tom. I. ex edit. Struu. p. 78.* Pariter veritatem religionis chriſtianæ hoc *teſtimonio diuino* olim probatum fuiſſe refert STIRNHOECK *lib. I. iur. Sueo-Gothici c. 8.* aitque: "Poppo, qui primus in „Boream ad verbi diuini plantationem venit, in præſentia „Erici Sueciæ regis iniecta manui chiroteca ferrea ignita dubiam populo doctrinæ veritatem ſic approbauit. Inde factum eſt, vt deinceps in omni re dubia ad eiusmodi DEI „TESTIMONIVM prouocaretur, et mos iſte in legem abiret." Hoc *teſtimonium* eo maiorem fidem operari inter homines credebatur, quod *diuino ſigno* et *miraculo* eſſet munitum, adeoque iudicium in re dubia falli neſcium. Nec minus *duellis* ineſſe *iudicium diuinum* credebant. Hoc præiudicio imbutus fuit dux BOSO apud GREGORIVM Turonenſem *lib. 7. hiſtor. Franc. c. 14.* regem GVNTHERAMNVM ita alloquens: "At ſi aliquis eſt ſimilis mihi, qui hoc crimen impingat occulte, veniat nunc „palam, et loquatur. Tu, o rex piisſime, ponens hoc in „DEI IVDICIO, vt ille diſcernat, cum nos in vnius campi planitie viderit dimicare." In *legibus Burgundionum tit. 45.* apud LINDENBROGIVM *in cod. LL. antiq. p. 284. ſq.* et COINTIVM

Exemplis adductis Richardis Reginæ.

Popponis

Ducis Boſonis.

TIVM *in annal. Francorum ad ann. 534. tom. I. n. 56.* hoc testimonium exæquatum fuit ipsi iuramento, quod *de rebus incertis plerumque sacramentum offerre non dubitent, et de cognitis iugiter periurare*, vt si is, cui iuramentum delatum, iurare nolit, possit prouocare ad hoc testimonium, *ita vt vnus de iisdem testibus, qui ad danda conuenerant sacramenta,* DEO IVDICANTE, *confligat.* Expressius mentem hoc testimonio vtentium declarauit AIMONIVS *lib. V. c. 34.* his verbis:

Ludouici. "Ludouicus, Ludouici regis filius decem homines cum aqua „calida, et X. cum ferro calido, et X. cum aqua frigida ad „iudicium misit coram eis, qui cum illo erant, petenti„bus omnibus, VT DEVS ILLO IVDICIO DECLARARET, si per „ius et æquum ille habere deberet portionem de regno."

Petri episcopi. PETRVS episcopus Verdunensis, coniurationis in CAROLVM M. incusatus, hoc iudicio probasse legitur innocentiam suam. Ita enim in *capitul. Francofordens. d. anno 794. c. 7. apud* BALVZIVM *tom. 1. capitular. p. 265.* "Definitum est etiam ab eo„dem Domino rege siue a sancta synodo, vt Petrus episcopus „contestans coram DEO et angelis eius iuraret cum duobus „vel tribus, sicut sacrationem suscepit aut certe cum archi„episcopo, quod ille in mortem regis siue in regnum eius "non consiliasset, nec ei infidelis fuisset." Hæc erat sententia Synodi. Sed quia testes deficiebant, ad *iudicium* aliud *DEI* prouocauit. "Qui episcopus dum cum quibus iuraret, „non inuenisset, elegit sibi ipse, vt suus homo ad DEI IV„DICIVM iret, et ille testaretur absque reliquiis et absque „sanctis euangeliis, solummodo coram DEO quod ille inno„cens exinde esset, et secundum eius innocentiam DEus ad„iuuaret illum hominem, qui ad illud iudicium exiturus „erat. Et exiuit tamen eius homo ad IVDICIVM DEI, neque „per regis ordinationem neque per sanctæ synodi censuram

sed

„ſed ſpontanea voluntate. Qui etiam a domino liberatus „idoneus exiuit." Denique hi probandi modi dicti ſunt Gades Ordel, vel ſimpliciter Ordel, *ſententia*, *iudicium*, quod ipſe Deus in re dubia et occulta ſententiam ferat, non tantum vbi de *criminibus* ſed etiam ſi de rebus proprietatis et *patrimonialibus* ageretur, vt illuſtrat Dn. GAERTNER *in not. ad LL. Saxon. p. 104.* Inde *Ordalium*, et *Vrtellum*, Waſſer-Ordel, Feuer-Ordel, qua voce olim hæc *iudicia* vel *teſtimonia* deſignarunt. vid. SCHILTER *in gloſſar. Teuton. voce* Ordel. *Inde hoc iudicium Ordalium dictum.*

§. IX. Denique vt etiam de *tertio* horum ſpuriorum modorum *fundamento* aliquid addam, palam eſt ex eccleſiaſticis annalibus, fabulas ex monaſteriis tanquam ex equo Troiano prodiiſſe de *miraculorum* cumulo, quo ſanctitatis opinionem plerique captabant, et in quouis caſu ſingulare quid quærebant. Accedebat, homines, vitæ monaſticæ adſuetos, melancholico fuiſſe præditos temperamento, ad *ſigna* et alia *extraordinaria prodigia* credenda aptiſſimos et pronos, et inde in eam iuerunt ſententiam, a DEO ſigna extorqueri poſſe, imo miraculis edendis eccleſiam noui foederis eſſe ſpeciatim deſtinatam, præſertim ſi accederent ecleſiaſtici ritus, preces, exorcismi, cetera quibus carminibus inſignis imo *diuina vis* ineſſe credebatur. Hoc credulis propoſitum: a monachis infinitis monumentis fabuloſis confirmatum et per plura ſecula propagatum. Fata monachi PETRI, *ignei* dicti, quod *probationi per ignem* ſe ſubieciſſet, hunc pruritum, ad miracula prouocandi, et per ea *voluntatem DEI* explorandi, ſatis ſuperque indicant, ſi vera ſunt. Inſimulatus erat PETRVS epiſcopus a monachis, quod per ſimoniam in vrbe Florentina epiſcopatum obtinuiſſet. Hic iuramento innocentiam ſuam *Opinio de miraculo diuino prouocando.* *Exemplo Petri monachi.*

ſuam oſtendere paratus erat; verum aliud placuit IOANNI *abbati vallis vmbroſæ*, qui *monaſtico more*, aduocato populo, dixiſſe fertur: "quoniam verba non proſunt, VENIAMVS AD „SIGNA. Conſtruatur rogus, et igne ſuppoſito accendatur, „per quem vnus e noſtris (*monachis*) ingrediatur, et vtrum „vera an falſa ſint, quæ de epiſcopo dicimus, DOMINO DISCER- „NENTE, probetur. Placet vtrique parti ſententia. Rogus „mox duodecim pedum menſura conſtruitur intra quem par- „va ſemita, qua vnius tantum hominis perſona tranſire poſ- „ſet, relinquitur: quæ etiam ex accenſis lignis, ne ibi ali- „quis locus a flamma vacaret, conſternitur. Interim dum „hæc præparantur, præfatus Abbas Iohannes, Petro ſuo di- „ſcipulo, reuerendiſſimo ſcilicet viro, qui poſtmodum in „Albanenſi vrbe epiſcopus ordinatus eſt, quique etiam ad- „huc ſupereſt, eandem eccleſiam regens, præcepit, vt in- „dutus ſacris veſtibus omnipotenti Deo ſacrificium offerret, „et ſic demum confiſus de miſericordia Dei per accenſi rogi „flammas indubitanter intraret. Qui iuſſis patris obtempe- „rans, (*hoc votum obedientiæ cæcum poſtulabat*) poſtquam ſa- „crificium Deo obtulit, caſulam ſe exſpolians ad ignem ve- „nit, et magna voce: oro, inquit, Deus omnipotens, ſi „Petrus, qui epiſcopus dicitur, ſimoniaca eſt peſte fœdatus, „ne eccleſia tua amplius polluatur, IVDICIO SPIRITVS SAN- „CTI TVI OSTENDE virtutem, illæſum me per hunc ignem „tranſire concede. Quod ſi nos fallacia pleni, cauſa inui- „diæ ducti, hanc contra eum tulimus quæſtionem, ardor „iſtius ignis me tua gratia derelictum conſumat. Hæc di- „cens et ſanctæ crucis ſe ſignaculo muniens, per medias „flammas conſtanter ingreſſus eſt. Cum itaque vndique eſ- „ſet flammis circumdatus, ita vt a nemine prorſus videre- „tur, et omnes eum iam conſumtum putarent, ſubito ex alia

„parte

„parte, Christi comitante gratia egrediens, prosiliuit: ita „vt non modo vestimenta eius, sed ne capillus quidem læ„sus ab igne in aliquo videretur." Recitaui verbis VICTORIS *in miraculis S. P. Benedicti lib. 3.* apud MABILLONIVM *in actis Benedict. seculo IV. P. II. p. 456.* historiam huius monachi, quam veram esse sine hæsitatione asseruit MABILLON *in not. ibid. lit. e.* quod hoc ipsum *præsentibus omnibus clericis et laicis fere ad octo millia* contigerit *d. 26. Febr. anno 1063.* quamuis forsan populus, vnice miraculo intentus et euentu eius incerto hærens attonitus, haud obseruauerit artes, quibus monachus ad fallendam plebem incautam vsus fuerit. Si homines stupent, si consternati tanquam exsensi et attonitis similes stant, facile decipiuntur, quod verum sensuum vsum amiserint. Audiamus itidem MABILLONIVM *in actis Bened. sec. IV. P. 2. ad ann. 863. in vita S. Swithoni episcopi Winthon. p. 71.* referentem, EMMAM *reginam, matrem Edwardi regis a Godwino Comite violatæ pudicitiæ accusatam, et in cœnobium detrusam, filii iussu candentis ferri examen Wintoniæ in ecclesia S. Swinthoni subiisse, ad probandam suam et Alwini Wintoniensis episcopi innocentiam. Emma*, pergit, *tota nocte proxima peruigilauit ad sepulchrum S. Swinthoni*, (vt huius sancti intercessione et miraculosa virtute munita hoc examen maiori cum fiducia subire posset) *die facto in pauimento ecclesiæ scopato nouem vomeres igne candentes ponuntur in ordine, quibus breuiter benedictis*, (vt virtutem lædendi in casu innocentiæ suspenderent) *detrahuntur reginæ calcei, tum posito peplo, succincta a duobus hinc inde episcopis nouem vomeres illæsa percurrit*, STVPENTE REGE ET OMNIBVS, QVI ADERANT, ATTONITIS. Circumstantiæ adductæ insignem superstitionem, et simul mentis hebetudinem in adstantibus designant. Nam 1) nocte proxima ad sepulcrum S. Swinthoni

et Emma regina.

thoni peruigilauit, eiusque opem implorauit, vt huic sancto *nouum miraculum* attribui posset: 2) consuetis ritibus vomeres ardentes et exorcismis adhibitis ad fucum populo faciendum præparati dicuntur, vt his quoque sua autoritas staret: 3) a duobus cincta episcopis, quorum latera spectaculi veritatem facile adstantibus subtrahere potuerunt, per nouem vomeres transit: 4) cursu præcipiti vsa: 5) stupente rege et populo attonito, inter metum atque spem incertam posito, et ita sensuum vsu deficiente: denique 6) quia e re sancti prædicti erat, edi *miraculum* quoddam, quis, præiudiciis omnibus sepositis crederet, sine artibus adhibitis tale quid contigisse? Addam aliud spectaculum ad fidem sanctis faciendam. Simili miraculo monastico sibi fidem conciliauit in translatione S. Helenæ monachus, cuius meminit NOTCHERUS abbas *de translat. S. Sindulfi et S. Helenæ p. 154.* apud MABILLON. *in act. Benedict. sec. IV. P. 2.* circa *annum 866.* his

item cuiusdam monachi.

vsus verbis: *iudicauerunt itaque, non aliter esse credendum, nisi monachus ille, qui eam* (S. Helenam) *ad nos transportaverat manifestum iudicium* (per miraculum) *fecisset, et in calidam aquam toto corpore nudatus intraret. Sed vt Deus rei veritatem manifestius panderet, ita hunc intra feruidas aquas conseruauit illæsum, sicut et ab ipso mendacio, quod dicebatur, fecerat alienum.* Quis ignorat, reliquias dubias sanctorum, quorum multitudine monasteria laborant, et celebriores ecclesiæ, olim *igne* probatas fuisse, vt *interueniente miraculo* et signo indubitato (refragante licet doctrina

reliquiarum igne probatarum.

Christi, *Matth. XII, 38. 39. XVI, 1. 4. Ioh. II, 18. IV, 48.*) Deus præcaueret, ne falsæ pro veris assumerentur. Id cautum *anno 592. in concil. Cæsar-Augustano c. 2. Statuit S. Synodus, vt reliquiæ in quibuscunque locis de ariana hæresi inventæ fuerint, prolatæ a sacerdotibus, in quorum ecclesiis reperiuntur,*

periuntur, *pontificibus præſentatæ igne probentur.* Exempla miraculorum in probatione reliquiarum effictorum refert EDMVNDVS MARTENIVS *tom. III. de antiq. eccl. diſcipl. lib. 3. c. 8. §. 2. p. 495.* quæ prouocantur per ſolennes preces, in monaſteriis ſedulo obſeruatas, vt IDEM *p. 496.* obſeruat. Solennis oratio hæc fuit: "Domine Deus Ieſu Chriſte, qui es „ rex regum et dominus dominantium et amator omnium in „ te credentium, qui es iuſtus iudex, fortis, et potens, qui „ ſacerdotibus tuis tua ſancta myſteria reuelaſti, et qui tribus „ pueris flammas ignium mitigaſti: concede nobis indignis „ famulis tuis, et exaudi preces noſtras, vt pannus iſte, vel „ filum iſtud, quibus inuoluta ſunt iſta corpora ſanctorum, „ ſi vera non ſint, crementur ab hoc igne; et ſi vera ſint, e- „ vadere valeant, vt iuſtitiæ non dominetur iniquitas, „ ſed ſubdatur fallitas veritati, quatenus veritas tua tibi de- „ claretur, et nobis omnibus in te credentibus manifeſtetur, „ vt cognoſcamus, quia tu es Deus benedictus in ſecula ſe- „ culorum. Amen.

Adhibitis ſolennibus precibus.

§. X. Erant hæc *examina* et *iudicia* non vulgi imperiti methodi, ſed ſpectacula ab eccleſiis plurimis probata, et certis ſacris precibus exornata, vt eo maiorem veritatis haberent ſpeciem. *Exorcismi* inprimis vſitati, quibus in his tenebris magna vis tribuebatur ex *poteſtate eccleſiæ*, a qua præſcripti, determinati, et hac præditi virtute, ex illorum temporum credula opinione, vt *miraculoſos effectus* edere crederentur. Tales formulæ cum omni apparatu ex antiqua diſciplina erutæ ſunt atque publicatæ a BALVZIO, MARTENIO, GOLDASTO, aliisque, quarum quasdam duntaxat ſiſtam. BALVZIVS *tom. II. capitular. p. 641.* in iudicio aquæ *calidæ* hanc exhibet: "exorcizo te creatura aquæ in nomine Dei patris

Adhibebantur in his probandi modis ſacri ritus, et exorcismus præcedente miſſa

vt in iudicio aquæ calidæ

„omnipotentis et in nomine Iesu Christi filii eius domini no-„stri, vt fias aqua exorcizata ad effugandam omnem potesta-„tem inimici, et omne phantasma diaboli; vt si hic homo, „qui manum suam in te missurus est, innocens extiterit, de „hac culpa, vnde reputatur, pietas Dei omnipotentis libe-„ret eum, et si, quod absit, culpabilis est, et præsumtuo-„se in te manum mittere ausus fuerit, eiusdem omnipoten-„tis virtus super eum hoc declarare dignetur, vt omnis ho-„mo timeat et contremiscat nomen sanctum gloriæ Domini „nostri, qui viuit et regnat Deus per omnia secula." Plenior est illa, quæ *p. 642. ibid.* occurrit, vnde liquet, quam insignes effectus vulgo *adiurationibus ecclesiæ* adscripti fuerint pro *imperio sacro*, quod in *creaturas inanimatas* quoque sacerdotes exercere intendebant. *Te autem*, dicere iussi sunt, *creatura aquæ, adiuro te per Deum sanctum, adiuro te per Deum viuum, vt efficiaris fons exorcizatus ad effugandum et euacuandum et comprobandum omne mendacium, et inuestigandam et comprobandam omnem veritatem etc.* Quemadmodum autem 1) *aquæ frigidæ iudicium* huc potissimum directum fuit, vt innocens ab aquis susciperetur, et modo naturali submergeretur, nocens vero super aqua nataret, ita speciatim in plerisque formulis, *virtute ecclesiæ putatiua*, iussa est aqua, hanc vel illam edere operationem, prout in eam missus nocens vel innocens repertus credebatur. *Ordo III.* apud MARTENIVM *de antiq. eccl. ritib. tom. III. lib. 3. c. 7. p. 461.* notabilem habet apparatum sacrum, quo hoc iudicium olim peractum fuit. Formula *adiurationis* inter alia hoc præceptum continebat: *adiuro te -- vt nullo modo suscipias hominem istum, si culpabilis est, -- sed fac eum natare super aqua -- adiuro te per nomen Christi, et* PRAECIPIO *tibi, vt nobis per nomen eius* OBEDIAS etc. Tam efficax creditum fuit *impe-*

et frigida.

imperium ecclesiæ, vt etiam sese exsereret in *res inanimatas*, et earum motum ordinarium miraculoso modo sistere vel mutare posset. Plenior est *ordo V.* quo totus apparatus missaticus, qui præcedebat iudicium aquæ frigidæ, refertur, et similis *imperiosus iussus* ad aquam frigidam dirigitur: *adiurata autem præcipimus tibi, vt per nomen eius obedias, cui omnis creatura seruit.*

Ritus ab Eugenio II. præscriptus huius iudicii.

§. XI. Præ ceteris notari meretur ritus *probationis per aquam frigidam*, qui EVGENIO II. vulgo adscribitur, quem refert MABILLON. *in veter. analect. p. 161. nouiss. edit. in fol.* in cuius calce hæc reperiuntur: "hoc autem iudicium creauit omnipotens Deus, et verum est, et per dominum EVGENIVM Apostolicum inuentum est, vt omnes episcopi et abbates, comites, seu omnes christiani per vniuersum orbem eum obseruare studeant, quia a multis probatum est, et verum inuentum est. Ideo enim ab illis inuentum est et institutum, vt nulli liceat super sanctum altare manum ponere, neque super reliquias vel sanctorum corpora iurare." Eundem ritum exhibet BALVZIVS *cit. l. p. 644.* in cuius fine refertur, *hoc iudicium, petente domino* HLVDOVICO *imperatore constituisse beatum* EVGENIVM, et misisse in Franciam, vt addit MABILLON. in *annot. cit. l. p. 162.* Ad petitionem LVDOVICI hunc ritum conditum fuisse, vix probabile est, quod post obitum EVGENII idem imperator anno 828. *in concilio Aquisgranensi examen aquæ frigidæ interdixerit*, id minime facturus, si ad ipsius instantiam papa hunc ritum constituisset. Ex vetusto codice MSCto primus sub hac formula hunc ritum edidit FR. IVRETVS *in not. ad epist. Iuonis p. 91.* vnde sine dubio BALVZIVS eum repetiit. Sed iuuat, ipsum modum a pontifice præscriptum hic adiicere:

Ritus probandi per aquam frigidam Eugenianus

 "cum

„cum homines vis mittere ad probationem, ita ſacere debes: accipe illos, quos voluntatem habes mittere in aqua; duc eos in eccleſia, et coram omnibus illis cantet presbyter miſſam, et faciat eos ad ipſam miſſam offerre. Cum autem ad communionem venerint, antequam communicent, interroget eos ſacerdos cum coniuratione ita dicens: adiuro vos homines per patrem et filium et ſpiritum ſanctum, et per veſtram chriſtianitatem, quam ſuſcepiſtis, et vnigenitum filium DEI, et per ſanctam trinitatem et per ſanctum euangelium, et per iſtas reliquias, quæ in iſta ſunt eccleſia, vt non præſumatis vllo modo communicare, neque accedere ad altare; ſi vos hoc feciſtis, aut conſenſiſtis, aut ſcitis quis hoc egerit. Si autem omnes tacuerint, et nullus hoc dixerit, accedat ſacerdos ad altare, et communicet eos. Poſtea vero dicat ad illos, quos communicat: corpus hoc et ſanguis domini noſtri Ieſu Chriſti ſit vobis ad probationem hodie. Expleta miſſa, faciat aquam benedictam, et accipiat ſacerdos ipſam aquam, ibitque ad illum locum, vbi homines probabuntur. Cum autem venerint ad ipſum locum, det illis bibere de aqua benedicta, dicens ad vnumquemque: hæc aqua fiat tibi ad probationem. Poſtea vero coniuret aquam, vbi illos mittit. Poſt coniurationem aquæ, exuat illos veſtimentis eorum, et faciat eos per ſingulos oſculare ſanctum euangelium et crucem Chriſti. Et poſtea ſuper vnumquemque adſpergat de aqua benedicta, et proiiciat ſingulos in aqua. Hæc omnia facere debes ieiunus; neque illi ante manducent, qui ipſos mittunt in aqua." Ipſa coniuratio hominis hac formula continetur: "adiuro te homo N. per inuocationem domini noſtri Ieſu Chriſti et per iudicium aquæ frigidæ. Adiuro te per patrem et filium et ſpiritum ſanctum,

formula coniurationis

„ctum, et per trinitatem inseparabilem, et per dominum
„nostrum Iesum Christum, et per omnes angelos et archan-
„gelos et per diem tremendi iudicii, et per quatuor euange-
„listas, Matthæum, Marcum, Lucam et Ioannem, et per
„duodecim apostolos, et per duodecim prophetas, et per
„omnes sanctos Dei, et per principatus et potestates, per
„dominationes et virtutes et per thronos Cherubin et Sera-
„phin, et per tres pueros Sadrac Mesach et Abdenago, et
„per centum quadraginta quatuor millia, qui pro Christi no-
„mine passi sunt, et per illum baptismum, quo sacerdos te
„regenerauit: vt si de hoc furto scisti, aut vidisti, aut ba-
„iulasti, aut in domum tuam recepisti, aut consentiens aut
„consentaneus exinde fuisti, aut si habes cor incrassatum
„vel induratum, euanescat cor tuum, et non suscipiat te a-
„qua, neque vllum maleficium contra hoc præualeat, sed
„manifestetur. Propterea obnixe te deprecamur, domine

qua miraculum prouocatur

„Iesu Christe, fac SIGNVM tale, vt si culpabilis est hic ho-
„mo, nullatenus recipiatur ab aqua. Hoc autem domine Ie-
„su Christe, fac ad laudem et gloriam per inuocationem no-
„minis tui, vt omnes cognoscant, quia tu es Dominus no-
„ster, qui cum patre et spiritu sancto viuis et regnas Deus
„in secula seculorum Amen." Rursus ex hac formula li-
quet, id hac coniuratione actum fuisse, vt *signo quodam mi-
raculoso* Deus manifestaret crimen, de quo quis insimulatus
erat. Hoc pariter omnes intenderunt, qui *crimine magiæ*
probationem per *aquam frigidam* necessariam vtilemque cre-
diderunt, in quo merito protestantes hunc quondam adhibentes
probandi modum, culpandi, qui nec *exorcismis* aut *adiuratio-
nibus* vtuntur, nec se salua conscientia vti posse credunt; nec
signa miraculosa more *superstitionis monasticæ* a DEO extor-
quere debent, qui signis non tentandus; nec denique iudi-
ciorum

ciorum Westphalicorum rudera, ex quibus in *magia* hæc probatio diu retenta fuit, aliquem amplius locum relinquere possunt, postquam *Carolina constitutione* sanior processus substitutus. Sed superest, vt *orationem ad aquam benedictam* ex ritu EVGENIO adscripto addam: "supplicíter te, domine „Iesu Christe, deprecamur, tale præsentialiter facere digna„re SIGNVM, vt si iste, quod ei obiicitur, est in aliquo cul„pabilis, non suscipiat eum hæc aqua, sed euanescat ipse, „et nullatenus modo intro recipiat. Hoc autem, domine „Iesu Christe, fac ad laudem et gloriam, ad inuocationem „nominis tui, vt omnes cognoscant, quia tu es Deus verus, „et præter te non est alius, qui viuit et regnat cum Deo pa„tre in vnitate spiritus sancti per infinita secula seculorum. „Amen." Rursus hæ preces indicant, ritum hunc eo directum fuisse, vt miraculo quodam Deus veritatem facti manifestaret.

formula orationis ad aquam

Ritus tamen iste per fabulam adscribitur Eugenio II.

§. XII. Sicuti vero iam obseruaui, LVDOVICI instinctu ab EVGENIO II. hunc ritum vniuersis ecclesiis non esse præscriptum, ita merito in dubium vocat quoque NATALIS ALEXANDER *in histor. eccl. seculi IX. et X. cap. I. art. 4. tom. VI. p. 6.* vtrum EVGENIVS II. autor huius ritus habendus sit? Asserere id non dubitauit MABILLON *cit. loc.* et cum eo HERTIVS *de inspect. ocul. §. 18.* fide membranæ Remigianæ peruetustæ *seculo IX.* exaratæ. Verum facile concedo, hanc membranam superstitioso hoc seculo exaratam fuisse, eius tamen autor non EVGENIVS II. papa, sed *monachus* quidam ineptus in Gallia fuit, qui sub nomine EVGENII II. hunc modum, per *aquam frigidam* probandi delinquentes, determinauit, vt eo maiorem autoritatem in *Gallia* et *Germania*, quæ huic probationi nimis adhæserunt, ei acquireret. Ipsa formula

formula adiurationis magis ad monaſteriorum ſordes, quam EVGENII II. doctrinam eſt compoſita, nec credendum, pontificem praxin iuramentorum, in eccleſia huc vsque vſitatorum, poſtpoſuiſſe huic ſpurio probandi modo, et prohibuiſſe vſum iuramentorum ſuper altare vel reliquias martyrum. Nec denique LVDOVICVS pius, EVGENIO II. admodum deditus, hunc abrogaſſet ritum in *concilio Aquisgranenſi*, ſi a pontifice hoc approbatus fuiſſet. Verba *canonis 12.* ſunt: *vt examen aquæ frigidæ, quod hactenus faciebant, a miſſis noſtris interdicatur, ne vlterius fiat.* Anno 829. hic canon conditus, vix mortuo EVGENIO II, cuius memoriam hoc ipſo perſtrinxiſſet imperator, ſi pontifex eundem ſanciuiſſet. Sed fabricator pſeudo-Eugenianæ formulæ ſine dubio id vnice egit, vt huic canoni apponeret autoritatem EVGENII II. ad minimum poſt lapſum temporis, quo quæuis fabulæ olim facilius fidem merebantur. Neque enim hæc formula ſeculo IX, quo exarata eſt, innotuit, aut eius mentio facta eſt, quod paucis demonſtrandum. Eodem ſeculo adhuc floruit HINCMARVS Remenſis, qui *tom. II. epiſt. 39. p. 676.* ad Hildegarium epiſcopum Meldenſem de *iudicio aquæ frigidæ* epiſtolam ſcripſit, illudque qualibuscunque argumentis propugnare annitus eſt. Argumenta pro iudicii huius defenſione adlata parum ſtringunt, et myſticum vnice redolent ſpiritum. Nullum ſolidius vero pro eius patrocinio adferre potuiſſet fulcrum, quam ex EVGENII II. ritu, ſi hunc ipſum determinaſſet, ſi omnibus epiſcopis atque comitibus eum iniunxiſſet. Format ſibi grauem dubitandi rationem *p. 684.* inquiens: *nec prætereundum, quia legimus in capitulis Auguſtorum, fuiſſe vetitum frigidæ aquæ iudicium.* Facile vero hunc potuiſſet ſoluere nodum, ſi EVGENII II. in promtu fuiſſet præceptum, cuius autoritate præceptum LVDOVICI ſine nego-

Hincmaro hæc fabula ignota.

negotio diluere potuisset. De illo vero altum silentium: id vnice regerit; id non fuisse vetitum in illis capitulis *synodalibus, quæ de certis accepimus synodis*, vt eius verba referam. Nam opinatus est, hanc causam vtrum verbo diuino et doctrinæ ecclesiæ repugnet nec ne? prius examinandam in synodo patrum, quod *ecclesiastica*, iudicium Dei concernens, non *secularis* sit. Si ergo iam ab EVGENIO II. fuisset hæc lis composita, frustra et sine ratione prouocasset ad synodum. Cetera argumenta HINCMARI lusum magis ingenii mystici quam veritatis demonstrationem spirant. Inepte petit a baptismate ratiocinium hoc: "Nam et quando qui putatur et qui est noxius in aquam examinandus dimittitur a „dimittentibus, secundum quendam modum formæ baptis„matis, dominus inuocatur, quatenus veritas, vnde requi„ritur, demonstretur, et tenebras ignorantiæ nostris inlu„minare dignetur, ne aut innocens iniuste a nobis damne„tur, aut nocens sua negatione aut diabolica fraude aliquo „modo impunitus euadat etc." Absurde prouocat ad apostoli verba. *1. Cor. V, 7. expurgate vetus fermentum:* quæ paraphrasi sequente circumscribit, vt causæ suæ seruiant: *reputatum de crimine atque negantem, quem idoneis testibus iudiciario ordine comprobare nequitis, aut sacramento aut Dei iudicio expurgate.* Ineptior interpretatio excogitari non potuit, cuius occasio inde capta est, quod hi modi probandi *purgationes* appellati fuerint, adeoque censuerit, PAVLVM iam digito in verbo: *expurgate*, monstrasse hos spurios probandi modos. IDEM de *diuortio Lotarii et Teutbergæ* anno 860. *opusculum tom. I.* edidit, in quo rursus *aquæ feruentis et frigidæ iudicii p. 604. sqq.* causam agit, ad EVGENII II. *præceptum* tamen minime prouocat, certo indicio, illud adhuc latitasse, quod tamen ad *episcopos Galliæ* misisse dicitur.

licet insulsis argumentis ritus ipse ab eo probetur.

Rur-

Rurſus vero argumentis myſticis hanc cauſam inſtruit, ſed admodum futilibus. Putat, ſicuti mare baptisma deſignans nihil in ſe mortuum retinet, ſed eiicit, ita criminibus infectum et ſpiritualiter mortuum aquis non mergi, ſed ab eis eiici: "conligari eum fune, qui examinandus in aquam di-„mittitur, quia funibus peccatorum ſuorum vnusquisque con-„ſtringitur. *Addit p. 609., baptisma eſſe* iudicium, vnde et Ior-„danis baptisma deſignans interpretatur riuus iudicii, quo prin-„ceps mundi mendax et pater eius foras eiicitur, et baptismus „Dei eſt conſilium, DIVINI VIRI ad ignota inueſtiganda inue-„nerunt iudicium aquæ frigidæ, in quo aquæ frigidæ iudicio, „ad inuocationem veritatis, quæ Deus eſt, qui veritatem „mendacio cupit obtegere, in aquis, ſuper quas vox Dei „maieſtatis intonuit, non poteſt mergi, quia pura natura a-„quæ naturam humanam per aquam baptismatis ab omni „mendacii figmento purgatam, iterum mendacio infectam, „non recognoſcit puram, et ideo eam non recipit, ſed re-„iicit vt alienam etc." A *diuinis viris* hoc iudicium *aquæ frigidæ* inuentum ſomniat HINCMARVS, niſi forſan intelligat *monachos* ſuperſtitione ſtupidiſſima infectos, quorum ſuperſtitio fucata huiusmodi ſtupidis fulcris erat munienda.

§. XIII. Denique nullo idoneo argumento demonſtrari poteſt, has ſpurias probationes vnquam papas approbaſſe, quas potius magis damnarunt, et iuriiurando omnem *iudicii diuini* autoritatem dederunt. ALEXANDRI II. ſententia, quæ in *c. 7. C. 2. qu. 5.* refertur et cum *c. 11. ibid.* coniungenda eſt, id aperte docet: "vulgarem denique ac nulla ca-„nonica ſanctione fultam legem, feruentis ſcilicet ſiue fri-„gidæ aquæ, ignitique ferri contactum, aut cuiuslibet po-„pularis inuentionis (quia fabricante hæc ſunt omnino ficta „inui-

Nunquam pontifices hos ſpurios modos probarunt.

„ inuidia:) nec ipſum exhibere, nec aliquo modo te volumus „ poſtulare, imo apoſtolica autoritate prohibemus firmiſſime. Idem cenſuit STEPHANVS V. in *c. 20. C. 2. qu. 5.* "nam ferri „ candentis vel aquæ feruentis examinatione confeſſionem „ extorqueri a quolibet ſacri non cenſent canones, et quod „ ſanctorum patrum documento ſancitum non eſt, ſuperſti- „ tioſa adinuentione non eſt præſumendum." Vix probabile eſt, pontifices tam abſoluta prohibitione reprobaſſe has *ſpurias probationes*, ſi ab EVGENIO II. iudicium *aquæ frigidæ* receptum, ipſique iuramento prælatum fuiſſet. Qua de cauſa IVO Carnotenſis epiſcopus *epiſt. 91.* tanta fiducia ad has ſanctiones prouocat, et ſpurias probationes ab omni *canonica doctrina* alienas pronunciat. Nec minus LVCIVS III., cuius ſententia refertur in *concil. Lateran. III. de anno 1179. cap. 50.* apud HARDVIN. *tom. VI. P. 2. p. 1870.* placita prædeceſſorum ſecutus aquæ frigidæ iudicium reprobauit. Relatum ipſi erat, presbyterum quendam, de homicidio infamatum, *iudicio aquæ frigidæ innocentiam ſuam purgauiſſe, et epiſcopum ſuis illum literis abſoluiſſe. Quia vero*, pergit, *cum peregrina iudicia a ſacris canonibus ſunt inhibita, purgationem quam præſtitit, non ſufficere putamus.* Mandat itaque vt cum ſeptima vel quinta manu *per canonicam purgationem ſuam innocentiam oſtendat.* Modum poſteriorem *canonicam* eſſe cenſuit, quod canonibus antiquis et doctrinæ curiæ Romanæ conformis, prior autem *peregrinus*, antiquatus, ſeu populis peregrinis et barbaris proprius ſit. Rectius forſan diceres, eum *quisquiliis monaſticis* accenſendum. Cum enim tot formulas in his iudiciis vſitatas offendamus, a quibus abhorruerunt ſaniores, vix probabile eſt, extra clauſtrum monachorum, in quibus ſuperſtitio ſedem habuit, eas procuſas et fabricatas fuiſſe, in quorum conditoriis et bibliothecis etiam diligenter aſſeruatæ ſunt.

§. XIV.

§. XIV. Neutiquam vero prætereundum, abuſum *exorciſmorum* his probationibus acceſſiſſe non ex inſtituto quodam patrum eccleſiæ, qui illos his vſibus non deſtinauerant, vt rerum inanimatarum naturam immutarent, et imperium quoddam miraculoſum in eas exercerent, ſed ſine dubio ex *ſuperſtitioſis monachorum inuentionibus*, vt his incantationibus miraculum quoddam prouocarent. Hæc doctrina cum inſtitutis eccleſiæ et patrum minime conſpirabat, ad ſuperſtitionem vero monachorum propius accedebat, quo *autoritatem diuinam* his ritibus acquirerent. *Exorcizare* olim nihil aliud erat, quam diabolum ex corporibus, quae obſederat, exigere, addita per DEI nomen obteſtatione, quam vulgo *coniurationem* vel *adiurationem* vocabant. Dono hoc miraculoſo quosdam in primitiua eccleſia, etiam laicos inſtructos fuiſſe, plus quam notum eſt, teſte TERTVLLIANO *de corona milit. c. XI.* et *de idololatr. c. XI.* Neſcio vero, quo conſilio factum fuerit, vt ea, quæ *extraordinario dono* vnice accepta ferenda, ad *munus ordinarium* in *eccleſia Latina* fuerint relata, exorciſtis in vſum hunc inſtitutis. Horum officium tamen vnice verſabatur circa *energumenos* et *baptizandos.* Hunc in finem formulæ *exorciſmorum* præſcriptæ, ab exorciſtis recitandæ. Nam ex ISIDORI Hiſpalenſis *epiſt. ad Landefredum* conſtat, *ad exorciſtam pertinere, exorciſmos memoriter retinere, manus ſuper energumenos et catechumenos exorcizandos imponere.* Tempore MARTINI epiſcopi, monaſticis præceptis inſtituti, iam *turbo verborum* adhibebatur, a quibus tamen ipſe abſtinebat. Ait SVLPICIVS SEVERVS *dial. III. c. 6.* "Si quando autem exorcizandorum „dæmonum Martinus operam recepiſſet, neminem manibus „attrectabat, neminem ſermonibus increpabat, ſicut plerum„que per clericos rotatur turbo verborum; ſed, admotis „energu-

Exorciſmorum abuſus

quid olim fuerint?

vſus antiquus.

„energumenis, ceteros iubebat abſcedere, et foribus obſe„ratis, in medio eccleſiæ cilicio circumtectus, cinere reſper„ſus, ſolo ſtratus orabat." His verbis iam notauit clericos ſui temporis SVLPICIVS, carminibus exorcismorum vnice omnem virtutem eiiciendi dæmones adſcribentes; et maior abuſus acceſſit, poſtquam virtus eorum etiam extenſa ad rerum inanimatarum naturam transformandam, eisque ſingularem et nouam virtutem adſignandam.

Abuſus recentior in exorcizandis rebus inanimatis

§. XV. Occaſionem huic abuſui dederunt tot noui ritus, in coniurationibus Dæmonum adhibiti veluti per adſperſionem *aquae benedictae*, et *ſalis* adhibitionem. His rebus inanimatis, peruerſo plane more, adhibiti exorcismi, hac intentione, vt ſingulares operationes, eiectis dæmonibus, ederent. Hinc formula in *benedictione aquæ* adhibita apud

vt aqua,

MARTENIVM *tom. III. de antiq. eccl. ritibus lib. III. c. 9. p. 499. adiuro te CREATVRA AQVAE in nomine Ieſu Chriſti Nazareni, filii DEI viui regis et iudicis noſtri, vt ſis purgata in ſanctificationem omnibus, et ne communiceris vllo ſpiritui immundo, ſed dabis honorem viuenti atque regnanti patri et filio et ſpiritui ſancto in ſeculo ſeculorum.* Pariter in benedictione *ſalis* apud EVNDEM *cit. l. p. 507. Exorcizo te CREATVRA SALIS per Deum creatorem et creaturarum omnium creatorem; et qui inter reliqua ſua opera adiungere dignatus eſt virtutem ſalis et ignis, vt armata per ſpiritum ſanctum virtute coeleſti grauiſſimum perſequaris inimicum. Vnde TV CREATVRA ſalis in præſenti opere implicata, in virtute ſancta domini noſtri Ieſu Chriſti perſequere diabolum et omnes inſidias eius, et ab hominum, vbicunque perfuſa fueris, viſceribus absque vlla moleſtia omnes infirmitates expelle, et omni accipienti animæ profutura ad ſalutem perpetuam fias,*

ſali,

et

et perniciem perpetuæ vltionis excludas. Per eum, qui venturus. Hunc morem conſtanter retinuit eccleſia Romana, vt quoties ſal benedictum cum aqua adhiberi ſolet, vt in *conſecratione eccleſiarum* etc. per formulam exorciſmi ad *creaturam ſalis* et *aquæ* directam hoc expediatur, vt docet formula in *pontific. Romano p. 282. ſq.* Simili formula vtitur in *benedictione olei infirmorum* iuxta *pontificale Rom. p. 572.* in qua tamen magis dirigitur ad Dæmonem ſeu immundiſſimum ſpiritum, vt recedat ab hoc oleo, quaſi illi incumberet. Huiusmodi ritus facile opinionem monachis aliisque clericis ingenerare potuere, per *exorcismos* a creaturis inanimatis expelli Dæmones, atque his eiectis, illis miraculoſam diuinamque virtutem attribui, vt etiam occultiſſima per illas manifeſtari poſſent. Id indicant tot exorciſmi, tot preces, tot præcepta *autoritate imperatiua* ad creaturas directa, quæ in credulis perſuaſionem cœcam et irrationabilem, in ſanioribus vero iuſtum dolorem et indignationem operantur, quod ſuperſtitio his carminibus quotidie promota fuerit. Non ergo mirandum, hos exorcismos HINCMARVM aliosque induxiſſe, vt probationes has ſpurias propugnarent, ſibique ac aliis perſuaderent, exorciſmis *aquæ frigidæ*, *calidæ*, *ferro candenti*, *pani* imo ipſi *rogo* accenſo imperari poſſe, vt motum ordinarium vel in caſu innocentiæ, vel criminis commiſſi ſiſterent, et *motum extraordinarium*, ſuæ naturæ contrarium, ederent. Quodſi allegas, hoc ſuperſtitioſum et ideo prohibitum eſſe; recte regeri poteſt, exorcismos hos tamen adhuc hodie *ex eadem intentione* in benedictione *ſalis*, *aquæ*, *olei* etc. adhiberi, vel hoc negato, inanes et æque ſuperſtitioſas eſſe. Hoc quodammodo admittit DANDINVS *de hæreſ. c. II. ſect. II. ſubſect. 3. §. 3. n. 6. p. 174.* aſſerens, exorcismos licet miniſtren-

olei,

aqua frigida, calida, ferro, rogo, pane.

de quibus Dandini iudicium adfertur.

niſtrentur a viris ſanctiſſimis, non obtinere certo effectum. „Non eſt enim conforme, *ait*, ordini diuinæ prouidentiæ, „vt exorciſmi noſtris temporibus, quibus non indigemus „fidei noſtræ teſtimoniis, ſcilicet miraculis, vt dæmonum „expulſionem operentur; nec eccleſia inſtituit exorciſmos, „qui ex opere operato inſtar ſacramentorum agerent; ſiquidem ſolo imperio in primitiua eccleſia pellebantur Dæmones; ſed tantum inſtituit quasdam orationes imprecatorias, „quibus prohibuit aliquid addi ob vanitatis periculum." Si ergo ex ſententia DANDINI Dæmonum expulſionem non operantur exorciſmi: ſi non poſſunt miraculum edere, fruſtra et in vanum tot apparatus ſacri fiunt: fruſtra diabolo *vi imperatiua* iniungitur, vt recedat a *creaturis inanimatis:* imo fruſtra intenditur, vt nouam hæ virtutem, expulſo diabolo, accipiant. Videlicet omnis in hoc eſt DANDINVS *cit. l. p. 153.* vt Dæmoni magnam virtutem in quæuis elementa adſcribat, vt in aquam, terram, ventos, aliaque operari queat, adeoque, quod tamen diſſimulat, inde inferre debuit, prius expellendum eſſe diabolum a creaturis ſalis, aquæ, olei, ceterarum, vt *virtutem diuinam* accipere queant, id quod inſigne *ſuperſtitionis* argumentum eſt.

Supereſt adhuc hodie in quibusdam locis iudicium aqua frigida.

§. XVI. Denique, vt reuertar, vnde abii, poſtquam hic ritus cum ſimilibus decretis tum pontificum tum imperantium damnatus eſt, clericorum officium prorſus tandem in his ceſſauit, imo plerique penitus abrogati ſunt, ſi *iudicium per aquam frigidam* exceperis. Hoc enim in *crimine magiæ* ex antiqua iudiciorum Weſtphalicorum praxi adhuc circa finem ſeculi præcedentis in vſu fuit, vt ex actis obſeruauit PRAESES, imo in Hungaria adhuc regnat, vt in *Lexico vniuerſali Hiſtorico Lipſiæ edito ſub articulo* Siebenbürgen

tom.

tom. IV. p. 343. refertur. Quia vero clericis iniunctum est, ne exorcismos et reliquum apparatum sacrum probationi per *aquam frigidam* adhiberent, his omissis (quod stultius est) fiduciam vnice in aqua collocarunt omnem, et ab ea per summam stultitiam iudicium veri petere cœperunt. Id etiam obseruauit DELRIO, notante CANGIO *in gloss. voce aqua frigida*, docetque *examen per aquam hæsisse postmodum in solo crimine maleficii seu magiæ, ita tamen, vt sine vlla DEI inuocatione, sine vllo ritu pietatis aliquid præferente, quasi per ludum iudices abutantur in quibusdam Germaniæ regionibus. Quas enim*, pergit, *fama vel aliarum depositione suspectas habent, eas statim absque vlteriori inquisitione capiunt, captasque extra vrbem deducunt, et in aquam frigidam ita coniiciunt, vt dextra manus sinistro pedi sit alligata, et si supernatant, veneficas vehementius suspicantur, et idcirco duriori subiiciunt quæstioni: sin submergantur, innocentes esse putant: magicis præstigiis, vt par est credere, adscribentes, si supernatent.* Hæc methodus noua, a prisco modo probandi reos delicti cuiusdam prorsus discrepans propius accedit ad antiquorum populorum Germaniæ *credulitatem* et *persuasionem idololatricam*, qua simpliciter virtutem explorandi ignota Rheno adscribebant, postea, prohibitis ritibus sacris quibusuis aquis adscriptam. *sine exorcismis*

§. XVII. Sed etiam aliæ et nouæ rationes adsumtæ, creditumque, sagas, a diabolo possessas, pondus naturale amittere, et ita mergi non posse. Quæ ratio forsan II) nouæ illi probationi, *per pondus* seu *lancem* et *stateram* explorandi sagas, originem dedit, quæ est recentioris instituti etiam olim in Germania vsitata, si credendum MARTINO DELRIO in *disq. mag. lib. IV. c. 4. qu. 6.* Hanc in eo consistere volunt, si *Probatio spuria secunda per lancem et stateram.*

si sagæ vltra certum pondus veluti librarum 14. vel 15. stateram deprimere non possunt, quantumuis sint obesæ et proceræ. Huius diaria ante aliquot annos mentionem fecere, prout in *nota subiecta* (*a*) circumstantias enarratas repetii.

§. XVIII.

(*a*) Segedin von 26. Iulii Anno 1728. Da ohnlängst alhier unterschiedliche Personen beyderley Geschlechts in gefängliche Verhaft eingezogen worden, weil selbige einiger Hexereyen beschuldiget worden, als ist mit denselben nicht allein ein scharfes Examen vorgenommen, sondern auch nach Befindung derer Sachen, über sie das Urtheil verbrannt zu werden, gesprochen worden. Ehe und bevor aber solches an ihnen vollzogen worden, hat man die verurtheilten, nach hiesigen Gebrauch zur Probe gebracht, nehmlich mit zusammen gebundenen Händen und Füssen, und einen langen Strick um Leib ins Wasser gelassen, welche aber nach Hexen-Art, gleich einen Pantoffel Holtz auf dem Wasser geschwommen: nach diesem wurden sie so gleich zur andern Probe gebracht, nehmlich auf die Wage gelegt, um zu sehen, wie schwer einer oder der andere sey, dabey dann höchst zu bewundern gewesen, daß ein grosses und dickes Weib nicht mehr als 1 und ein halbes Quent. ihr Mann, welcher auch nicht von den kleinesten war, nur 5 Quentlein, die übrigen aber durchgehends entweder 1 Loth, 3 Quintlein und noch weniger gewogen haben. Den 30. dieses Monaths, als am vergangenen Freytag, wurde darauf das Urtheil an 13. Personen, nehmlich 6 Hexen-Meistern und 7 Hexen vollzogen, und sie sämtlich lebendig verbrennet, worunter auch der vorigen Jahres gewesene, und von jederman sonst geachtete Stadt-Richter, seines Alters 82 Jahr, den Scheiter-Hausen gezieret. Es ist fast nicht zu beschreiben, wie entsetzlich dieses Spectacul anzusehen war; es wurden drey Scheiter-Hauffen eine Stunde vor der Stadt aufgerichtet, alwo in der Mitte eines jeden ein grosser Pfahl eingegraben stunde; an diesen Pfahl nun wurden auf einen jeden Hauffen vier Maleficanten mit Stricken angebunden, alsdann eine Weibes-

Per-

§. XVIII. Pari ritu sacro olim peragebatur, III) *iudicium aquæ feruentis siue calidæ*, vti vocatur apud LEIBNITIVM *tom. I. script. Brunswic. p. 564.* cuius ratio in eo consistebat, vt probandus manum nudam in *aquam feruentem* et vehe-

Probationis spuriæ species III. per aquam feruentem.

Person, welche nur vier Jahr unter ihrer Rotte gewesen, und den Brand noch nicht gehabt, decolliret: und auf dem mittlern Hauffen zu denen angebundenen vieren, welche nach ihrer Charge oder Würde Ober-Capitain, Lieutenant, Fähndrich und Trompeter, genannt wurden, geworffen, darauf wurden alle drey Hauffen, zugleich angezündet, und in volle Flammen gesetzt; und ob schon die Maleficanten eine gute viertel Stunde in denen umgebenden Flammen gelebet, so hat man dennoch nicht das geringste Geschrey von ihnen gehöret, und ohngeachtet, daß sie auch alle äusserliche gute Zeichen gegen die ihnen zusprechende Geistlichen haben spühren lassen, so wollen doch viele an deren Seeligkeit zweifeln. Bey dieser Compagnie wurde auch eine Hungarische Hebamme zu Asche verbraunt, welche über 2000 Kinder ins Teufels Nahmen getauft. Mit nächsten soll das Urtheil überschickt werden. Es sitzen noch achte in Verhaft selbige sind auch schon geschwemmet und gewogen worden, und halten die Hexen Probe: eine ist darunter, welche grosses Leibes ist, und soll der Satan, nach Aussage obiger verbrannten Personen mit derselben umgegangen seyn. Gestern sind abermahl 20. Personen eingezogen worden. Man erzehlet unter andern, daß diese Hexen-Rotte durch Veranlassung eines Schusters Sohn entdecket worden sey. Dieser spielte eines Tages mit einen andern Knaben auf der Gasse, und sagte unter andern dieses zu demselben: Heute will ich denen Segedinern einen Spaß machen, denn sie werden vermeinen einen Regen zu bekommen, sie werden sich aber betrogen finden, ich will ihnen ein grosses Wetter machen, wilst du auch mit halten? jener antwortete: er könne es nicht; dieser versetzte aber; ich will dir es schon lernen, es ist gantz leicht, und hat ihm, was er zu Machung der Wetter gebraucht, erzehlet; der andre aber

 sagte;

vehementia caloris bullientem immitteret, ita vt cocta manus nocentem, illæsa vero per *miraculum* innocentem ostenderet. Laudat hunc ritum pariter HINCMARVS *cit. l.* et variis mysticis rationibus more suo munit. Vt vero miraculo divino certitudo, credulis vero maior fiducia accederet, sacri ritus itidem cum *missa* et *exorcismis* huic probandi modo præscripti erant, quos recitat MARTENIVS *tom. III. de antiq. eccl. ritib. lib. III. c. 7. p. 473. 479. 490.* inprimis vero *p. 492. sqq.* Exemplum litis iudicio candentis ferri, vt præfertur, commissæ suppeditat *charta* anni 1208. „Vniuersis sancte matris ecclesie filiis, huius pagine lectoribus, Bartholdus Dei „gracia Prepositus maioris ecclesie in Hildensheim et Northun. Capituli iudex delegatus. B. Decanus omnisque „Conuentus Northunensis perpetuam in vero salutari salutem. Notum fieri cupimus omnibus, tributo mortalitatis obnoxiis, tam in presens tam inposterum, ne, quod se-

„pe

sagte; nein, ich verlange es nicht zu lernen; und gehen darauf von einander. Als es nun Mittag worden, und dieser Knabe bey seinen Eltern zum Essen war, erhub sich ein grausam starckes mit Hagel vermischtes Wetter, welches die dasigen Weingärten in Grund zu Boden zerschlagen. Indessen sagte des Knabens Vater bey dem Tisch: dieses Wetter kan unmöglich von sich selber also seyn, es muß etwas gemachtes darunter stecken. Worauf sein Sohn ihm erzehlte, was sich denselben Morgen zwischen ihm und des Schusters Sohn zugetragen: der Vater zeigte es so gleich der Obrigkeit an, da wurde des Schusters Sohn ohne Verzug dahin gebracht, welcher gleich alles gestanden und zugleich auch unterschiedene Personen angesagt, diese wurden so denn in Verhaft gezogen, worunter auch obbemeldeter Stadt-Richter samt seinem Weibe begriessen waren.

„pe ſit, res obliuione tenuetur, ſed ad memoriam ſcripta „cautione reuocetur, quo iuris ordine, qua rationis firmi- „tate, predium, quod dicitur Huſerberg, vnde diu lis ver- „tebatur inter Paterbornenſem Eccleſiam et Northeimenſem, „*dei iudicio*, qui non nouit fallere, tandem Northeimenſi „ceſſit Cenobio. Venerabili viro, pie memorie Domino „*Hermanno*, predicti Cenobii Abbate, viam vniuerſe car- „nis ingreſſo, ſucceſſor ipſius eiusdem nominis, vna cum „fratribus ſupra commiſſis querimoniam mouit ſuper inua- „ſionem eorundem bonorum, ſicut a prememorato prede- „ceſſore ſuo didicerat, qui ſepe numero id ipſum conqueſtus „fuerat. Et auxilio Aduocatorum, Comitum videlicet de „Daſsle, multis colloquiis proinde habitis, tandem ſecun- „dum conſilium multorum prudentium ac diſcretorum viro- „rum, tam clericorum, quam laicorum; adhoc vsque de- „ventum eſt, vt in locum, vbi eadem bona ſita ſunt, ſimul „partes aduerſe conuenientes, demonſtratis terris agrorum „ac ſilue, de quibus erat litigium, vnanimi partis vtriusque „conſenſu, quia nequaquam alio modo poterat, negotium „diuino iudicio committeretur. Datis ergo et acceptis vtri- „usque fideiuſſoribus de ratihabitione pro parte Epiſcopi et „Abbatis et Aduocatorum, nec non et ciuium, de iam dicta „poſſeſſione litigantium, pena interpoſita, ne qua partium „contra tale pactum reſiliret, Domino Bernhardo Plebano „in Hammenſtede vicem Epiſcopi, vt ipſe aſſerebat, tunc „gerente, firmaque fide manu ad manum ſpondente, ſimul- „que Domino Rodolſo de Moringen, officiali Domini Pa- „terbornenſis compromittente, quod hoc pactum firmum et „inconuulſum tam ab Epiſcopo quam ab omnibus ad ipſum „pertinentibus teneretur. Iam pridem licentia Northunen- „ſis Capituli ſuper hoc impetrata; *diuinum iudicium*, iuxta

„ consuetudinem patrie diu obseruatum et approbatum, ce-
„ lebratum est, Deo, qui personam hominis non accipit, ve-
„ ritatem declarante, sicque prefata possessio Northeimensi
„ cessit Ecclesie, qua iam multis annis indebite fuerat spo-
„ liata. Vnde et inuasores eiusdem predii, manifesto dei
„ conuicti iudicio, exhortante ac monente illos prenomi-
„ nato B. sacerdote, compuncti, Dominum Abbatem et fra-
„ tres, qui secum aderant, suppliciter postularunt, vt tam i-
„ psos quam predecessores eorum, qui in tali rapina de hac
„ vita migrauerant, vinculo anathematis siue excommunica-
„ tionis absoluerent, et dampna sibi et Ecclesie sue tanto tem-
„ pore illata relaxerent. Quo facto, Dominus Abbas in con-
„ tinenti possessionem sepedictam, in dei omnipotentis no-
„ mine et auctoritate beatorum Apostolorum, Petri et Pauli,
„ summique pontificis, nec non et venerabilis Domini Sif-
„ fridi, sancte Maguntine sedis Archiepiscopi, ac sua, Coe-
„ nobio suo confirmauit. Quam scilicet confirmationem,
„ ipso petente, in pleno Capitulo Northunensi, in virtute
„ sancte trinitatis, auctoritate, qua fungimur, sub vinculo
„ Anathematis roborauimus, nullo penitus reclamante: quod
„ constat omnibus, qui hoc presentes viderunt, et audiue-
„ runt. Testes huius rei sunt: Dominus Bernhardus in Rin-
„ gelim Abbas Dominus Alexander Abbas in Cella. Eck-
„ bertus de Hagehusen, Canonicus Northunensis. Eppo Ar-
„ chidiaconus. Albero Diaconus. Wedekindus Parochianus
„ in Northeim et Holthusen. Henricus sacerdos in Hockelem.
„ Stephanus plebanus in Hildesse. Hartungus parochianus
„ in Honstadt. Iohannes presbiter in Edissem. Helmwicus sa-
„ cerdos in Aleshusen. Basilius plebanus in Nienstede. Helm-
„ wicus presbiter in Eluerdischusen. Henricus sacerdos in Mo-
„ ringen. Insuper ipse Dominus Northeimensis Abbas, Da-
„ niel

„niel Prior, Conradus prepoſitus et omnis congregatio eius„dem Cœnobii. Laici: Iohannes de Roringen. Henricus de „Berckenuelde. Iohannes de Northeimo. Ecbertus de „Holthuſen. Alexander et Wicelinus de Dorſtat. Fridericus „in Eluerdiſchuſen. Rotholfus de Moringen. Tetmarus „de Suthrode. Preterea omnes ciues de Northeim, aliique „quam plures. Actum in loco campeſtri, qui dicitur Hu„ſerberg, die nonarum Iulii Anno Domini M. CC. VIII. In„dictione nona. Regnante ſereniſſimo Domino Ottone hu„ius nominis quarto, Romanorum rege ſemper Auguſto. „Itaque propter eos, qui dicunt bonum malum, et verita„tem mutant in mendacium, ne libera eis relinquatur facul„tas malignandi, preſentem ſcribi fecimus actionem, et hu„ius facti memoriam noſtro teſtimonio per appenſionem ſi„gillorum noſtrorum roboramus." Litem fallaci iudicio ſic deciſam anno ſequenti confirmauit Archiepiſcopus Moguntinus. "Sifridus dei gracia ſancte Maguntine ſedis Ar„chiepiſcopus. Vniuerſis fidelibus, preſentem paginam in„ſpecturis, ſalutem in Domino. Cum dilectus in Chriſto „filius N. Abbas Northeimenſis nobis conqueſtus fuiſſet, „quod Bernhardus, ſacerdos de Hammenſtede, ipſum in „quibusdam prediis et Huſerbergk, ad Eccleſiam ſuam ſpe„ctantibus, contra iuſticiam moleſtaret, ad preſentiam no„ſtram partes ipſas citauimus, iuſtam a nobis, auctore deo, „cauſe ſue ſentenciam recepturas. Quibus termino conſti„tuto comparentibus coram nobis, dilectos noſtros, Con„radum, maioris Eccleſie Maguntine et Simpertum de Hil„ligenſtadt prepoſitos, et Magiſtrum Andream, maioris Ec„cleſie Spirenſis Scholaſticum, dedimus auditores: in quo„rum preſentia dictus Abbas propoſuit, quod, cum memo„ratus ſacerdos ipſum nomine Padebornenſis Eccleſie ſuper „pre-

„prediis antedictis impeteret, constitutus de eadem Ecclesia „Procurator, post diuersas allegationes, tandem et ipsi Abbati et eidem procuratori complacuit, causam ipsam *candentis ferri* iudicio trutinare, fide data vtrisque firmantibus, quod quicquid eodem iudicio contingeret declarari, „firmum ab eis haberetur et ratum. Quod cum habuisset „processum, et Abbas predictus per huiusmodi iudicium „obtinuisset predia supradicta; idem tamen sacerdos ipsum „super eisdem non est veritus contra iusticiam post modum „aggrauare. Nominato autem sacerdote econtrario respondente, quod, licet se tunc pro Paterbornensis Ecclesie procuratore gessisset[1], non fuisset tamen constitutus procurator ab ea; supradictus Abbas paratus erat per testes fide dignos in continenti probare, et quod dictus sacerdos „verus fuerat procurator, et quod aliis suffragaretur veritas, que proposuerat coram auditoribus nominatis. Qui „recipientes testes ab eodem Abbate productos, per depositiones eorum, nec non et per scripta authentica liquido „didicerunt, intentionem Abbatis esse luce veritatis per omnia roboratam. Nos itaque, diligenter auditis, que „nobis auditores ipsi super hoc negotio recitarunt, secundum quod proposita fuerant coram eis, Abbatem predictum ab impeticione clerici memorati duximus absoluendum, eidem clerico super hac causa silencium perpetuum „imponentes. Datum *Rusteberg* dominice incarnationis „Anno M.CC.IX. X. Calend. Octobris." Iudicii in eadem causa adhibiti mentionem repetit charta de a. 1219. "B. dei „gracia Hildensheimensis Ecclesie prepositus et Ecclesie „Northunensis Iudex delegatus. Vniuersis Christi fidelibus, „ad quos presens scriptum peruenerit, salutem in vero salutari. Notum sit omnibus, quod Dominus Abbas et Ecclesia

„ clesia Northeimensis bona quedam, in Huserberge sita, „ *iudicio diuino*, scilicet *candenti ferro*, *sicut asseruit*, ob„tinuit. Et hec coram nobis in Capitulo Northunensi ex „ parte ipsius Abbatis et iam dicte Ecclesie sunt proposita. „ Vnde nos, ordine iuris inducti, eadem bona iam sepius „ dicta Abbati et Ecclesie Northeimensis, vt tenebamur, ban„no nostro in presentia Northumensis, Capituli confirmaui„mus, et sigilli nostri appensione communiuimus. Datum „ Anno Domini Millesimo ducentesimo decimo nono. ter„tio Kalend. Octobris.

Quarta per ferrum candens et vomeres ignitos. Quinta per rogum.

§. XIX. Huic simile fuit (IV) iudicium per *ferrum candens* vel per *vomeres ignitos*, aut denique per (V) *rogum accensum*, quem probaturus innocentiam suam pertransire cogebatur. Vtriusque exempla iam supra *§. VIII. et IX.* adducta sunt. Alia addit LEIBNITIVS *tom. I. script. Brunswic. p. 563. tom. II. p. 608.* et *tom. III. p. 309.* et HEINIVS *de probat. quæ olim fiebat per ignem et aq. p. 3. sqq.* inter quæ eminet KVNIGVNDAE HENRICI S. vxoris probatio per *vomeres ignitos*, quam refert AVTOR *vitæ S. Henrici* apud CANISIVM *in lect. antiq. tom. III. P. 2. p. 29. edit. Basnag.* Conf. PISTOR. *tom. II. p. 329. edit. Struu.*

6) crucis iudicium,

§. XX. (VI.) Per *crucis iudicium* probatio facta sine dubio eandem originem cum iudicio per *iuramentum ad reliquias* vel *sepulcra SS.* habuit. Obseruauit PRAESES *diss. de vsu iuramenti purgat. in criminal. §. XII. sqq.* iuramenti huius originem deducendam esse ex virtute miraculosa *reliquiarum* vel *sepulcrorum martyrum*, in quorum præsentia iuramenta hæc præstabantur, et credulis terror hoc modo incutiebatur, ne fidem temere fallerent, persuasissimumque

 habe-

haberent, Deum hoc iudicio veritatem miraculoso modo reuelaturum esse. Pari ratione *impositio* vel *praesentia crucis*, cuius magna olim veneratio, obseruante LIPSIO *de cruce c. XVI.* atque miraculosa virtus, eandem ingenerauit credulis persuasionem, hoc signo Deum occulta in lucem protracturum esse. DAMASCENVS *lib. IV. de orig. fid.* magnam *cruci* adsignat virtutem: *est*, ait, *clypeus et armatura, et tropaeum contra diabolum, signaculum, ne tangat nos euersor, iacentium erectio, stantium fulcrum, infirmorum scipio, pastorum virga, reuertentium manuductio, proficientium perfectio, animae conseruatio et corporis, omnium malorum auersio, omnium bonorum conciliatio, peccati pernicies, stirps resurrectionis, lignum vitae aeternae.* Inde *asylum* confugientibus ad crucem in via positam praestatur *in concilio Claromont. d. a. 1093. c. 29. sq.* Miraculosae virtutes *crucis* passim in actis sanctorum traduntur, vt sine haesitatione superstitiosa probatio per *crucem* inde nasci potuerit, quae tamen admodum variasse legitur, vnde tot interpretum sententiae relatae a CANGIO *in gloss. voc. crux* et ab HOFFMANNO *de orig. et nat. legum German. p. 35.* Communior haec ratio huius probationis fuisse videtur, vt contendentes vel *crucem* sibi imponerent, vt censet MARTENE *cit. l.* vel *ad crucem ire* et *stare* iuberentur, missa interim celebrata, ad cuius euangelii lectionem vel alium terminum iudicii euentus apparere credebatur; innocens enim immotus stare, nocens vero ad terram cadere dicebatur, quod indicant testimonia apud CANGIVM *cit. l.* Improbatum tamen merito hoc crucis iudicium a CAROLO M. *lib. I. capitul. 102.* apud BALVZ. *tom. I. capitul. p. 724.* *Sancitum est, vt nullus deinceps quamlibet examinationem crucis facere praesumat, ne Christi passio, quae glorificata est, cuiuslibet temeritate contemtui habeatur.*

cuius magna olim autoritas.

§. XXI.

§. XXI. Nouus probandi modus (VII) superest æque superstitiosus per *caseum* vel *panem coniuratum* seu *execratum*, quem reus comedere iubebatur, eumque vomitu eiecturus credebatur, si delicto imputato sese maculasset. Rursus in missa, adhibitis exorcismis, quibus panis execratus ad hunc actum præparabatur, hunc ritum peregerunt superstitiosi, cuius formulas recitat MARTENIVS *cit. l. p. 479. et 482.* Frequens etiam (VIII) fuit *modus probandi innocentiam per eucharistiam*, quem peculiari dissertat. explicuit B. SCHMIDIVS Theologus Helmstadiensis. Eius rudera ex *concilio Wormatiensi, anno 868.* celebrato, quo superstitiosi modi probationum admodum vsitati fuisse leguntur, ipso HINCMARO teste, repetiit GRATIANVS *in c. 23. C. 2. q. 5.* vnde constat, hanc subeuntes probationem in hæc verba iurasse: *corpus Domini sit mihi ad probationem hodie.* Exemplis illustribus hanc probationem illustrat SCHMIDIVS, quæ rursus indicant, hoc iudicium electum fuisse, vt prouocarent extra ordinem quoddam miraculum, qua de causa non raro *terribiles adiurationes* et *execrationes* ante sumtam eucharistiam factæ, *cit. l. §. 12.* adductæ. Atque ita rursus apertum est, in summum abusum tractam fuisse eucharistiæ perceptionem, a cuius fine prorsus hic modus probandi abhorret. Vlterius (IX) probatio peracta est per *sortes*, quibus tum *diuinationes* tum *explorationes* rerum occultarum fieri posse credebant gentiles vel TACITO teste; imo id quoque *sortes Virgilianæ* et *Homericæ* monstrant, mox a Christianis in vsum sub titulo *sortium SS. Apostolorum* tractæ. De modo peragendi hoc *sortium iudicium* agit *lex Frisonum tit. XIV.* apud LINDENBROGIVM *in cod. leg. antiq. p. 496.* Vnde liquet, in re dubia ex iis *diuinationem* magis sumtam, quam miraculum prouoca-

8) Probatio per panem execratum.

8)' per eucharistiam.

9) per sortes

vocatum, quod exigebant in iudicio *ignis*, *ferri candentis*, *aquae frigidae*, *offae execratae* atque *crucis*.

10) *per duellum*.

§. XXII. Sed etiam (X) *iudicium* putatiuum *Dei per duellum* seu *pugnam*, probatum est, quod καῖ ἐξοχὴν ita dictum fuit, vt loca non tantum §. *VIII.* adducta, sed etiam AVTOR vetus de *benefic.* §. *100.* denuo a B. THOMAS. in *select. feud.* editus, docet his verbis: *tamen* IVDICIVM DEI *non est licitum adhiberi per vllam causam, nisi cuius veritas per iustitiam non potest aliter reperiri, hoc terminabitur* IVDICIO DEI. Legibus antiquis *Boioaricis* vocatur das *Wehadinc* teste *synodo Dingolfingana* sub *Thassilone* §. *16.* repetita a LVDEWIGIO *de princip. pot. in sacris ante pac. relig. c. 4. p. 96.* DING *enim est iudicium*, et *Web* seu *Weba* vel potius *Webr*, vti VELSERVS *lib. V. rerum Boic.* legendum credit, denotat *bellum*, vnde Gallorum *Guerre* ortum traxit. Ita autem in *synodo* cautum erat: *de eo quod et si quis de quocunque reatu accusatus ab aliquo, potestatem accipiat cum accusatore suo pacificare* h. e. transigere, *antiquam pugnam, quae Wehadinc vocatur, permittat.* Alibi *LL. Boioaricae tit. XI. c. 5.* idem designant. *Si alia probatio non est, spondeant inuicem* WEHADING. *Et cui Deus dederit fortiam et victoriam, ad ipsum pertineat.* Ipsa *iudicia duellica* prolixiori apparatu explicata sunt a MAVRITIO *de duellis*, EPHRAIMO GERHARDO *de iudicio duellico* BASNAGIO *in tr. historico de duellis* gallice conscripto, aliisque, quae adeo altas radices egerunt, vt diuturno tempore eradicari haud potuerint. Id produnt *leges Longobardicae lib. I. tit. 9. c. 32. incerti sumus de IVDICIO DEI, et multos audiuimus per pugnam, sine iusta causa, suam perdere; sed propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum LEGEM IMPIAM vetare non possumus.* Speciatim impietatem

tatem huius iudicii ſuo æuo ex ſacris, adductis multis ſententiis, denudauit AGOBARDVS *in libro contra damnabilem opinionem, putantium, diuini iudicii veritatem igne vel aquis vel conflictu armorum fieri.*

§. XXIII. Non reguſtabo modum huius *iudicii*, ab aliis ſatis ſuperque explicatum, ſed ſpicilegium tantum quoddam paucis adiiciam. Videlicet 1) nec hoc iudicium ſine ſacris peractum. Diſerte AVTOR *mirac. S. Bertini lib. 2. c. 15.* apud MABILLON. *in act. Bened. Sec. III. P. I. p. 142. n. 709. veniente igitur ſtatuto die ſe duelio præparabat tamen iuxta promiſſum, aliquos ſuo venturos auxilio, hoc ipſum abbate exſpectabat. Itaque poſt celebratam a presbytero miſſam, devota finita prece, eucbariſtia digne percepta, quod extra ecleſiam forte iacebat, ſuper ſaxum magnum adſedit.* 2) Si teſtes aderant, ſed diſcrepantes, *iudicio duellico*, litem terminabant. ADREVALDVS *in mirac. S. Benedicti in Gallia apud MABILLON. in act. Benedicti ſect. II. p. 381. circa ann. 653.* teſtis eſt: "Enimuero longiuſcule litem iudicibus „protrahentibus, eo quod nec hi cedere illis, nec illi aſſen„ſum aliis præbere vellent, tandem adiudicatum eſt, vt ab „vtraque parte teſtes exirent, qui poſt ſacramenti fidem ſcu„tis ac baculis decertantes finem controuerſiæ imponerent." 3) Etiam *ſeruis monaſteriorum* per *priuilegium*, quod regulariter ius armorum non haberent, indultum, vt quaſcunque cauſas hoc modo decidere poſſent, maxime *eccleſiarum* et *monaſteriorum* alia probatione deſtitutorum. Diplomate memorabili LVDOVICI VI. Francorum regis Theobaldo abbati Foſſalenſi anno 1118. conceſſo id declarat MABILLON *in act. Bened. ſec. IV. P. 2. p. 394. vt ſerui eius monaſterii adverſus omnes homines tam liberos quam ſeruos in omnibus negotiis*

Eucbariſtia præmiſſa.

a teſtibus diſcrepantibus quoque ſuſceptum

imo a ſeruis eccleſiæ ex priuilegio.

gotiis liberam haberent testificandi et bellandi licentiam. Sed hoc iudicium literis ad abbatem et monachos Fossalenses datis postea prohibuit pontifex. 4) Etiam in ipsis comitiis imperii, in quibus lites statuum imperii decisæ, huic iudicio locus fuit. Anno 979. coram imperatore accusatus Gero comes de Alesleue a Waldone, atque captus. „Deinde „conuocatis in Magdeburg cunctis regni principibus, in„gressi sunt hi duo iudicio in insula quadam singulari certa„mine. Vulneratus Waldo bis in certamine ardentius inse„quitur hostem, percutiensque ictu valido in caput prostra„vit eum. Interrogatus autem Gero si plus posset pugnare, „coactus est confiteri, quod iam defecisset. Waldo egres„sus aqua refocillatus armis depositis et post tergum mor„tuus cecidit. Tunc Gero iussus est decreto iudicum et vo„ce imperatoris a carnifice quodam decollari *III. id. aug.* Hunc lugubrem et lubricum habuit euentum hoc iudicium descriptum in *act. Bened.* MABILLONII *ad sec. V. p. 591.* Plura alia memoratu digna de *iudicialibus duellis* IDEM *ad seculum XI.* pertinentia tradit *in præfat. ad sec. VI. P. I. §. 43. sq.* His addo, 5) eius magnum quoque vsum fuisse olim in *causis feudalibus*, legesque peculiares passim duellis feudalibus datas, vt testantur *leges antiquæ Flandriæ feodales* relatæ ab OLIVARIO VREDIO *in histor. comit. Flandriæ tom. I. in addit. p. 76.* quarum seriem ipsemet in compendio refert in *ipso tractatu p. 474. seq.* Ipsum *processum duellicum*, in causis feudalibus vsitatum eleganter et solide exposuit vir immortalis memoriæ B. Dn. a COCCEII *de probat. feudali c. 2.*

in comitiis imperii iniunctum

et causis feudalibus.

11) per iuramentum.

§. XXIV. Tandem (XI) quoque his probandi modis certa ratione adiungendum ipsum *iuramentum purgatorium*, non quod *per se medium* veritatem exquirendi *spurium* dicendum,

dum, ſed quod intuitu *modi* ex iisdem fluxerit principiis, ex quibus ceteræ *probationes ſpuriæ*. Nunquam ſoli iuramento fidem præbuerunt: ſemper aliud accedere debuit medium, vnde fides ei haberi poſſet. Pariter *iudicium diuinum* quæſiverunt in iuramento: æque perſuaſum eſt contendentibus, Deum miraculo quoque veritatem manifeſtaturum eſſe, quod prouocarunt, et ſuperſtitioſis mediis ambierunt, ceu variis teſtimoniis probatum dedit PRAES. *diſſ. de vſu iuram. purgator. in criminal. §. XII. ſqq.* Hac de cauſa *ſoli iuramento*, prout hodie fit, nunquam cauſa innocentiæ commiſſa, ſed *medium miraculoſum* ſimul adhibendum cenſuere. Quocirca *α*) poſt *iusiurandum*, quo innocentiam ſuam reus declarauerat, accedebat quandoque iudicium *aquæ feruentis* vel *ferri candentis*, ceu docent monumenta apud MARTENIVM *tom. III. de antiq. eccl. ritibus lib. III. p. 460.* et CANGIVM *in gloſſar.* voce *aquæ feruentis iudicium. p. 282.* vbi lex antiqua: *quicquid iurent, per examen caldariæ* (aquæ feruentis) *demonſtrent.* *β*) Quandoque *aquæ frigidæ* examen addebatur iuramento, ex formula apud EVNDEM *cit. l. p. 483.* *γ*) Nonnunquam, præſtito iuramento de *innocentia*, duello prouocabatur *iudicium diuinum*, obſeruante GERHARDO *de iudic. duell. cit. l. §. 5.* *δ*) *Sortis iudicium* etiam poſt iuramentum præſtitum vſurparunt, quod *leges Friſonum tit. 14.* deſignant. *ε*) Quia vero plurimi eccleſiæ doctores his iudiciis dicam ſcripſerant, excogitatum eſt aliud *medium miraculoſum*, æque tamen ſuperſtitioſum, vt iuramenta ad *tumulum martyrum* vel *reliquias SS.* fierent, quo virtute miraculoſa martyrum vel reliquiarum Deus manifeſtaret veritatem. Hoc *iudicium diuinum* ab omnibus approbatum, laudatum, *iuſtumque* et *verum* dictum, oppoſitum illis, quæ a plurimis damnata erant. Ita vero probatio per *iuramentum*

æque

æque *spuria* fuit ac reliqui modi, ideo damnati, quod *Dei iudicium* per *miraculum* quoddam prouocatum fuerit. Idem tamen intenditur in iuramento ad *reliquias SS.* præstando: æque *superstitiosum* est, reliquiis eam attribuere virtutem, vt *signo extraordinario* veritatem manifestent, id quod tamen, qui huius iuramenti autores et promotores fuerunt, inculcarunt iuraturis. Denique omnibus his probandi modis vitium hoc commune adhæret, quod iis tentetur Deus, prouocentur miracula, signa postulentur, et *iudicium diuinum* iis inesse credatur.

Legibus tamen olim hæ probationes spuriæ probatæ 1) per duellum

§. XXV. His tamen non obstantibus per leges varias gentium, et conciliorum decreta hæ *spuriæ probationes* olim admissæ, et potissimum in *criminalibus* approbatæ atque specialius determinatæ fuerunt. Nam vt I) a *duellis* incipiam, ipse FRIDERICVS I. in constitutione, quæ *2. f. 27.* refertur, sanciuit, occisorem capite plectendum esse, *nisi per DVELLVM probare possit, quod vitam suam defendendo illum occidit.* Pariter *2. f. 39. §. 2.* prouocatur ad *legem Longobardorum;* qua cautum, *vt de infidelitate PVGNA fiat.* Nec minus imperator HENRICVS *5. f. 2.* edixit, vt feloniæ accusatus *per pugnam* se defendat. In *LL. Baiuuar. lib. 2. c. 1. §. 2.* cauetur itidem: *si vnus fuerit testis, et alter negauerit, tunc DEI accipiant iudicium: exeant in campo, et cui Deus dederit victoriam, illi credatur.* Passim alibi idem medium probandi his legibus probatur, de quo etiam plura habet *Suevicum speculum* a B. a COCCEII *cit. l. §. 2. sqq.* adducta. Conf. *LL. Alemannicæ tit. 56. tit. 84. LL. Normannicæ lib. 2. c. 46. §. 5.* in *reliq. MSCt.* LVDEWIGII *LL. Longobardicæ lib. 1. tit. 7. l. 1. item lib. 1. tit. 10. l. 4. lib. 2. tit. 55. l. 11. 40. ius prou. Sax. lib. 1. art. 63. lib. 2. art. 12. etc.*

II) Iu-

II) Iudicium per *ferrum candens* vel *aquam feruentem synodus Triburiensis c. 13.* approbauit: *Si quis fidelis libertate notabilis tanto talique crimine publicatur, vt criminosus a populo publicetur, per ignem candenti ferro caute examinetur.* Nec minus *concil. Remens. c. 11.* et leges *Frisonum tit. III. §. 6. 8. et tit. XIV. §. 3.* idem probant cum *LL. Ripuar. tit. 30. §. 1. LL. Longobard. lib. 1. tit. 9. l. 29. 34. 39. LL. Wisigothor. lib. VI. tit. 1. c. 3.* ex edit. P. PITHOEI *p. 128.* III) Iudicium *aquae frigidae* magnopere laudauit HINCMARVS, receperunt *iudicia occulta* Westphalica eiusque leges, et prout ritus sacri in hoc examine olim vsitati demonstrant, etiam plures clerici et monachi, ab eo sine dubio alienissimi, si eius vsum haud approbassent. Quia tamen olim legum approbatio expressa huic probationi defuit, eam per mendacium EVGENIO II. obtrudere voluerunt, vt supra iam indicatum. Quoniam vero vsus eius in Germania communis erat, eum ADELHEIDIS abbatissa Quedlinburgensis anno 1068. in diplomate a KETTNERO *in antiq. Quedlinburg. p. 169.* relato approbauit his verbis: *cum autem aliquis illorum ob aliquam insolentiam incusatus fuerit, siue querimonia villici accusatus, ferro ignito examinetur, aut* FRIGIDA AQVA *vel iuramento simpliciter sola manu expurgetur.* IV) Probationem per *eucharistiam* in *concilio Wormatiensi* admissam et stabilitam supra exposui, nec ab ea recessit *concilium Triburiense c. 21.* V) Iudicio *crucis* fauent *capitula synodalia* PIPINI *d. anno 752. c. 17.* apud BALVZ. *tom. I. capit. p. 164. capitul. Caroli M. d. anno 779. c. 10. ibid. p. 197. item d. anno 803. c. 35. ibid. p. 397. item d. anno 806. c. 14. ibid. p. 444.* item *lib. IV. capitular. c. 34. LL. Longobard. lib. II. tit. 55. l. 24.* VI) IVDICIVM sortis per leges *Frisonum* vim iuris accepisse, supra iam obseruatum est.

2) per ferrum candens vel aquam feruentem

3) per aquam frigidam

4) per eucharistiam

5) per crucem

6) per sortem

7) per panem execratum. est. VII) In legibus KANVTI *c. 6. panem execratum* probari obseruat CANGIVS *voce Cornsned.*

Damnata tandem pleraque hac iudicia §. XXVI. Enimuero damnarunt hæc *iudicia Dei* vulgo dicta pontifices, vt passim ostendimus et tit. *de vulgari purgat.* plenius docet; imo quædam *leges antiquæ Francorum,* vt *aquæ frigidæ* et *crucis.* Ex iis rationibus vero, quæ ab initio attulimus, et fontibus, ex quibus deriuata, facile fundamenta peti possunt, ex quibus vt *spuriæ probationes* reiici debent. Non repperi autem, probationi *per eucharistiam* dicam scripsisse pontifices, quamuis vitio non careat, vt fusius probatum dedit SCHMIDIVS *de probat. per eucharist. in f.* Non alia, vt auguror, huius exceptionis ratio est, quam quod obseruauerint curiæ Romanæ proceres, GREGORIVM VII. se hoc medio a criminibus obiectis purgasse teste LAMBERTO SCHAFNABVRG. *ad ann. 1077.* cuius autoritati vulnus graue inflixissent, si æque hanc probationem damnassent, cum parum absit, quin inter *sanctos* referatur, quod tam mascule pro imperio sacro extendendo et ampliando pugnasse legatur. Denique constat, *iuriiurando* etiam vim probandi innocentiam relictam, vtut vitio superstitionis non careat. Non repetam argumenta *theologica* et *moralia*, quæ ab aliis, inprimis a BECMANNO *de iudic. Dei c. 6.* allata sunt contra has *probationes spurias*, sed generatim duntaxat assero illas æque fallaces fuisse, *vt fallacissima* ac quidem quorundam theologorum vaticinium, qui ex voce IVDICIVM, cuius *literæ* omnes *numerales* sunt, hoc tulerunt fallacissimum iudicium, extremum iudicium anno 1613. aduenturum esse. Memorat hoc vaticinium ANDREAS CAROLVS *in memorab. sec. XVII. lib. 2. c. 11. p. 321.* "Nostro hoc seculo ex vocula IVDICIVM „in quo omnes literæ sunt numerales, non pauci college-

„runt

„runt, anno 1613. iudicium vltimum et vniuerſale futurum, „eoque videtur D. Menzerus etiam theologus Gieſſenſis celeberrimus, et ab omni quidem fanaticiſmo prorſus alie-„nus, collimaſſe in dedicatione exegeſeos Auguſtanæ con-„feſſionis, quam hiſce claudere voluit verbis: anno a nato „Chriſti 1613, quem enumerat vox iam olim ominoſa IVDI-„CIVM." Non raro etiam male ceſſerunt hæ probationes *et lusoria.* illis, qui hiſce ſe commiſerunt, quod patuit exemplo eius, qui, capta Antiochia in expeditione ſacra, per ignem probare volebat, lanceam per reuelationem fictam effoſſam illam ipſam eſſe, qua Chriſti latus perforatum erat. Reuelationis et effoſſionis hiſtoriam tradit RAIMONDVS *de Agiles in hiſtor. Hieroſol.* relatus in *geſt. Dei per Francos p. 150. ſqq.* qui et tranſitum PETRI BARTHOLOMEI, hominis ſimplicis, in manu tenentis lanceam, per ignem *p. 168.* refert, qui adeo infeliciter ei ceſſit, vt poſt paucos dies obiret. Neque enim diſſimulat *cit.* AVTOR *p. 168,* aliquam *aduſtionem in cruribus* eius fuiſſe. Planius et apertius euentum ſiniſtrum huius probationis FVLCHERIVS CARNOTENSIS in *geſt. Dei per Francos p. 392.* enarrat, quamuis WILHELMVS TYRENSIS *ibid. p. 739.* addat, a plurimis cauſam veram mortis eius diſſimulatam, et ſuggeſtionibus monachorum creditum fuiſſe, eum illæſum per ignem tranſiuiſſe, de quo ſine dubio longe rectius contrarium retulit MAIMBOVRG *dans l'hiſtoire des croiſades lib. II. tom. I. p. 177.*

EXERCITATIO LXV.
AD LIB. XXII. PAND. TIT. II.
DE
COLLISIONE PROBATIONVM
CAPVT I.
DE
COLLISIONE TESTIVM INTER SE IN PROBANDO.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti ratio. II. Collisio probationum quid? III. Quot modis oriatur? IV. Collisio testium inter se. V. VI. VII. Examen sententiae de fide testimoniorum ex numero testium aestimanda, VIII. IX. X. nec non de eorum fide ex dignitate testium. XI. XII. An affirmantibus plus credendum sit, quam negantibus? XIII. Vis testimonii aestimanda est ex eius verisimilitudine, XIV. ex rationibus depositionum. XV. Ei pondus accedit ex praesumtione iuris. XVI. In dubio pro reo pronunciandum, XVII. et pro causa fauorabiliori.

§. I.

Probatio in lite omne fert punctum.

Ita res nostrae comparatae sunt, vt non sufficiat ius perfectum, nisi etiam legitimis probationibus debito modo extra omnem controuersiam et dubitationem constitutum; cum alioquin obtineat elegans assertum Iurisconsulti in *L. 30. ff. de testam. tutel.* aientis: *tibi non deficit ius sed probatio.*

batio. Cum itaque omnis ratio ius ſuum aduerſus alios defendendi et aſſerendi in probatione conſiſtat, modus vero et media probandi non ita ſemper aperta ſint, ſed qualiscunque demum probatio adferatur, per reprobationem aduerſarii dubia fieri poſſit, hinc non raro difficultates in praxi exiſtunt, an et quis inter litigantes probauerit, cum vterque probaſſe ſuam intentionem videatur, actor quidem affirmatiuam, reus negatiuam, vnde *Colliſiones probationum* oriuntur. Et tamen nihilominus Iudicis eſt, pronunciare vel pro actore, vel pro reo, provt ius et iuſtitia id poſtulat, non alteri gratificari aut caſum pro amico in re dubia admittere, quod a regulis iuris alienum eſt. Quid autem iudex in tali probationum colliſione ſequi debeat, hinc inde a Doctoribus quidem tradi ſolet, ſed, quod ingenue fateor, tradita Dd. non ſemper cohærere vel ſatisfacere videntur, ſi vel maxime patres practicantium Maſcardum et Menochium in conſilium vocaueris, qui plerumque infinitas concluſiones coaceruant, ſed in fundamentis genuinis fluctuant. Inde iudicaui me non inutilem ſuſcepturum eſſe laborem, ſi, quid in Colliſione probationum ſequendum ſit, disquirerem et præſenti diſquiſitione enuclearem.

Difficultates in Colliſione probationum.

§. II. Quid per colliſionem proprie in iure denotetur in *Diſp. de colliſ. præſumt. c. 1. §. 2.* iam ſatis oſtenſum eſt, vnde vel binis verbis illud tantum tangendum. Scilicet colliſio vi vocis denotat, duorum corporum ſolidorum adeo grauem concurſum, vt neceſſario vnum alteri cedere et locum relinquere debeat, vbi naturale eſt, vt quod pondere et virtute alteri præpollet, alterum a ſe repellat et quaſi ſupprimat, quod tanta virtute non pollet et reſiſtere nequit. Vtut itaque vtrique corpori virtus quædam ſatis magna inſit, tamen dum

Quid per Colliſionem probationum intelligatur?

altera per alteram ſupprimitur, illa, quæ ſupprimitur, virtutem ſuam amittit. Et talis colliſio eo grauior eſſe ſolet, quo magis illa corpora ſibi contrariantur et oppoſita eſſe videntur. Poſtea ad res morales hic terminus applicari cœpit, vbi itidem ſignificat concurſum rerum moralium in vno eodemque caſu, quæ ſimul applicari et ſubſiſtere nequeunt, ſed neceſſario vnum alteri cedere debet. Talis Colliſio eſt inter duas præſumtiones in vno eodemque facto concurrentes ſibique quaſi contradicentes, quarum exempla adducta ſunt in *Diſp. cit. c. 3.* Talis quoque colliſio eſt inter leges, de quo themate HERTIVS *de colliſione legum* egit, et ſic quoque talis colliſio exiſtere poteſt in probationibus, quando uterque litigantium probauit, ſiue quod vtrique probatio iniuncta ſit, vt in iudiciis mixtis contingere poteſt, ſiue quod actori probatio iniuncta, a reo vero reprobatio ſponte ſuſcepta ſit.

Quot modis Colliſio probationum oriri poſſit.

§. III. Quemadmodum autem varii ſunt modi probandi, veluti per teſtes, documenta, confeſſionem, iuramenta et præſumtiones vrgentiſſimas, ita non dubium eſt, quin variis modis colliſio probationum contingere queat, quos omnes excutere nimis longum foret. Cum enim quae de colliſionis præſumtione dici poſſint, iam in *citat. Diſput.* explicata ſunt, quæ autem de colliſione iuramentorum et confeſſionum dici poſſent, peculiarem requirant laborem, ſupereſt vt in præſenti Diſputatione tantum *de Colliſione Teſtium et Inſtrumentorum* in probando ediſſeram, præſertim cum thema diffuſiſſimum per ſe ſit, nec admixtionem aliarum doctrinarum facile admittat, et præterea caſus harum colliſionum frequentiores in praxi exiſtant de quibus diſputari poſſit. Atque talis colliſio potiſſimum tribus modis ſeſe exſerere poteſt: (1) Quando vtrinque teſtes producuntur et depoſitiones eorum

rum inter ſe collidunt, de quo agam *Cap. præſenti*: (II) Quando hinc *teſtes*, illinc *inſtrumenta* adducuntur, vt ita inter hanc diuerſam probationis ſpeciem colliſio oriatur, de quo themate agendum capite ſecundo: (III) Quando inter *inſtrumenta* hinc inde ab actore et reo producta colliſio oritur, quod thema capite tertio explicandum erit.

§. IV. Vt itaque de *colliſione teſtium* inter ſe eo rectius conſtet, præmitto ſermonem hic nobis eſſe de eiusmodi caſu, quando vterque, et actor et reus plene per teſtes probauit, ita vt teſtes directo contrarium inter ſe aſſerant. Non itaque primario huc pertinet (I) quando teſtes alterutrius non ſunt *omni exceptione maiores*, vel alias inhabiles, ita vt fides illis haberi non poſſit, ſic enim facilis ratio eſt, deciſionem pro alterutro faciendi, de quo nunc non ero ſollicitus. (II) quando *alter plene* probauit, *alter ſemiplene*, nam tunc itidem concurſus eiusmodi adeſt, vbi non adeo grauis colliſio oritur, ſed mox apparebit pro quo pronunciandum. Ille vero concurſus eſt grauiſſimus, ſi uterque ſufficientem numerum teſtium pro ſe adduxerit, quorum perſonis non adeo quid opponi poſſit, de quo nunc videndum.

Status controverſiæ in caſu quando teſtium colliſio adeſt.

§. V. FARINACIVS *Lib. 3. tit. 7. q. 65.* plures et quidem nouendecim hic regulas congeſſit, inter quas regulas tamen rurſus tanta colliſio reperitur, vt non ſatis conſtet, quomodo applicari recte poſſint, vbique enim et limitationes et ſublimitationes occurrunt, quæ faciunt, vt regulis præmiſſis parum fidendum ſit. Primam enim regulam hanc conſtituit *n. 107.* quod *teſtibus hinc inde contrariis plures numero vincant pauciores, magisque ſtandum ſit depoſitionibus plurium teſtium quam pauciorum*, quam regulam pluribus Dd. allegatis confirmat.

An in colliſione teſtium ad numerum reſpiciendum ſit?

mat. conf. CARPZOV. *in Processſ. tit. 13. art. 3. n. 71.* MYNS. *cent. 4. obſ. 38. n. 6.* RICHTER. *ad C. 32. X. de teſtib.* VVLTEI. *Vol. 2. Conſ. Marp. 30. n. 14.* Probant communiter hanc regulam ex *C. 32. X. de teſtib.* vbi pontifex pro ratione decidendi ſequentia adducit: *cum igitur plures inde ſint teſtes numero pauciores producti, quos non ſolum diuerſa, ſed aduerſa penitus in quibusdam conſtat teſtimonia reddidiſſe* etc. Porro in *c. 9. X. de Probat. verſ. ex præmiſſis* itidem huc videtur prouocaſſe Pontifex aſſerens, *teſtibus numero pluribus potius lucem veritatis aſſiſtere,* vbi enim eſt maior numerus, ibi maior præſumitur veritas, vti colligunt ex *c. 37. X. de elect.*

Reiicitur ſententia, quod ex numero teſtium fides ponderanda ſit.

§. VI. Vereor tamen, ne hæc regula parum vel nihil proſit. Videtur hoc ipſum agnouiſſe Arcadius in *L. ob carmen 21. §. 3. de teſtibus,* vbi diſertis verbis ait: *Non enim ad multitudinem reſpici oportet,* quod ipſum quoque repetit Pontifex in *c. 32. X. de teſtibus* aiens: *quin etiam ad multitudinem tantum reſpici non oportet,* quo ipſo indigitat, poſſe quidem numerum teſtium tanquam *adminiculum* aliquod probationi per teſtes accedere, ſi aliunde pondus ſuum iam habeat, per ſe autem reuera ad præponderationem teſtium inter ſe nihil operari, quo etiam reſpexit in *c. 9. X. de probat.* Si itaque multitudini teſtium in tali colliſione aliud pondus deeſt, quomodo poteſt vincere in probando? Accedit quoque hæc ratio naturalis, quod ad plenam probationem ſufficiant duo teſtes, ſi itaque vtrinque plures, quam duo teſtes, producti fuerint, vterque ſecundum iura plene probauit, licet alter quinque alter octo pro ſe habeat, vbi vtrinque reuera hoc intuitu probatio æqualis redditur, non itaque ex multitudine teſtium, ſed aliunde multitudini pondus conciliandum eſt. Præuiderunt hoc dubium CARPZ. et MYNSING. *cit. l.* et ita hanc

hanc regulam ad illum casum restringendam esse, voluerunt, si nulla succurrat ratio, vt iudex in quorundam depositiones magis inclinet. Verum accidere non potest casus, vt non aliunde ex regulis mox dicendis probationi pondus accedere possit, quo ipso fit, vt non ad numerum testium, sed ad aliud respiciendum sit.

Vlterius id illustratur.

§. VII. Cognoscitur id vlterius ex *limitationibus* a Farinacio huic regulæ subiectis, inter quas hæc quoque occurrit, *si pauciores pro reo deposuerint*, quod tunc potius huius probationi standum sit. Hæc limitatio semper in omni casu occurrit, cum necessario alter actoris alter rei partes in omni lite sustinere debeat, si itaque in dubio pro reo semper pronunciandum est, nec minor numerus testium ei nocebit, nec maior proderit. Nec excipio actiones duplices, vbi quandoque dubium esse potest, quis actoris vel rei partes tueri debeat, cum certum sit, tali casu vel per sortem decidendum esse, quis rei vices sustinere debeat, et sic iterum non attento numero testium pro eo, quem sors reum fecit, pronunciabitur. Deinde eandem regulam prædictus Farinacius *n. 201.* limitat in casu quando pauciores testes pro *affirmatiua* stant. Duobus enim testibus affirmantibus magis vult credendum esse, quam mille negantibus. Quæ assertio, si vera est, de quo infra dispiciendum erit, itidem non ex numero testium, sed ex eorum affirmatione vel negatione, quæ in hac collisione semper occurrunt, pondus deduci debet.

An in collisione testium ad dignitatem testium respiciendum sit?

§. VIII. Secundam regulam Farinacius *n. 112.* hanc facit: *testibus dignioribus magis creditur quam minus dignis*; quam regulam colligit ex *c. 32. X. de testibus*, vbi Pontifex ait: *ad qualitatem testium quoque respiciendum esse*, quod etiam quo-

dammodo constare videtur ex *l. 21. §. 3. de testibus.* Hæc assertio, si de illo casu intelligitur, vbi concurrunt testes omni exceptione maiores, cum illis, qui tales non sunt, admitti potest, prout etiam ICtus *in cit. l. 21.* huc collimasse videtur. Sed si de illis testibus sermo est, quibus nihil vlterius obiici potest, quam quod inæqualis conditionis sint, maior ratio dubitandi oritur, an quibusdam præ aliis nonnullis ex sola conditionis diuersitate maior fides habenda sit in collisione testium huiusmodi inter se? et quidem huc collineant FARINACIVS *cit. l. n. 11.* MYNS. *Cent. 4. obs. 38. n. 5. et 4.* MORNACIVS *in l. 2. de testib.* variasque inde nectunt conclusiones (1) quod magis credendum sit nobilibus quam ignobilibus HAHN. *de iure sing. Nobil. th. 32.* cum semper pro Nobilibus præsumendum sit, vti pluribus euicit ANDREAS TIRAQVELLVS *de Nobilit. c. 20. n. 20.* et hinc eis plus credi debere euincit. Id. *cit. l. n. 36.* (2) quod testibus ditioribus magis credendum sit, quam pauperioribus FARIN. *cit. l. n. 117.* (3) quod magis credendum sit testi Doctori quam non Doctori Id. *n. 119.* (4) quod digniores plus probent quam humiliores STRVV. *Ex. 28. th. 49.* quamuis digniores sint numero pauciores Id. *in c. in nostra 32. X. de testib.* (5) quod masculis magis credendum sit quam fœminis STRVV. *cit. l.* FARIN. *cit. l. n. 179.* MYNSING. *cit. l.* nisi forsan fœmina sit nobilis STRVV. *cit. l.* (6) si testes sint omnes fœminæ, magis credendum esse volunt virgini quam viduæ FARIN. *cit. l. n. 180.* (7). quod testibus clericis maior fides habenda, quam non clericis FARINAC. *cit. l. n. 177.* (8) quod testibus mortuis magis credendum sit quam viuis, FARINAC. *cit. l. n. 190.* et quæ sunt aliæ huius generis collisiones, quas omnes referre piget.

Conclusiones variæ referuntur.

§. IX.

§. IX. Enimvero hæ conclusiones ita comparatæ sunt, vt parum veritatis in se habere videantur. Vtique Pontifex in *c. 32. X. de testib.* vult ad qualitatem testium esse respiciendum et ICtus in *l. 21. §. 3. ff. de testib.* in collisione huiusmodi rationem honestatis et existimationis habendam esse arbitratur, quorsum etiam collineare videtur Callistratus *in l. 3. pr. §. 1. et 2. ff. de testib.* Verum per conditionem et existimationem testium ICtum magis ad mores testium & vitæ integritatem respexisse credibile est, cum hæ qualitates demum existimationem hominum vel augeant vel minuant. Sola dignitas et alia aduentitia qualitas fidem per se non conciliat, nisi boni mores simul concurrant, vt sic vita ante acta et inculpati mores demum fidem testibus conciliare debeant. Ad quod etiam Callistratus satis respexit, huncque in finem rescriptum Principis adduxit in hæc verba; *quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo recto modo satis definiri potest: sicut non semper ita sæpe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas et autoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem.* Et denique concludit, iudicem ex aliis circumstantiis æstimare debere, quid credendum sit.

Contrarium ostenditur.

§. X. Nam quoad *primam*, *Nobilitas* per se fidem non tribuit, nisi *mores* nobilitati respondeant, quod ipse FARINAC. *cit. l. n. 119.* agnoscit, asserens, nobilioribus non esse credendum, si ignobiliores magis bonis moribus essent imbuti, atque sic vnice ad mores respiciendum. Si quoad mores æquales sint, ne sic quidem nobiliores præferendos esse crederem, sed alia mox tradenda argumenta consideranda sunt. Quoad *secundam*, itidem FARINAC. *cit. l.* concedit, *ditioribus* non esse

Reiiciuntur speciales exinde deductæ conclusiones.

esse plus credendum, si pauperiores illis morum grauitate præponderent, et sic rursus non ad diuitias sed ad morum præstantiam respiciendum erit. Et sane nulla apparet ratio, cur solæ diuitiæ testi plus fidei tribuere possint. Equidem ICtus in *l. 3. ff. de testibus* ait, examinandum esse, *an testis egens sit;* sed statim addet: *vt lucri causa quid facile admittat*, tales ergo testes reprobat, qui male morati sunt, vt facile corrumpi possint. Sed quid si diues extreme auarus sit, annon sic quoque corruptio in eo metuenda erit? Diuites non semper virtutibus dediti sunt, imo cum divitiæ plerumque adiunctam habeant omnium malorum radicem auaritiam, fides diuitum sæpe vacillat. Eiusdem farinæ est *tertia* conclusio. *Doctor* qua talis fidem maiorem non recipiat quam alius, qui non est Doctor, cum gradus honoris mores haud mutet. Idem quoad *quartam* asserendum. *Humiliores* possunt esse maioribus virtutibus conspicui quam digniores. Si dicis: hoc non præsumitur, regero, me huius præsumtionis nullum deprehendere posse fundamentum, cum boni mores non sint alligati ad honores et diuitias, sed in vnumquemque cadere possint; Sed facile animaduertere licet, vnde hæc sententia promanauerit. Ethnici ambitionem in virtutis classem collocabant, humilitatem vero tanquam studio inclarescendi contrariam in vitio ponebant, quid ergo mirum, quod dignioribus magis credendum iudicarent quam humilioribus. Si autem per humiliores vilissimos homines, h. e. vitiis deditos intelligas, rursus ratio decidendi non ex dignitate, sed ex morum grauitate petenda erit. In *quinta* conclusione grauior ratio dubitandi adest. Noui ex iure canonico hanc pessimam conrra *fæminas* propullulasse præsumtionem, quasi varium et mutabile semper sit fœmina arg. *c. forus X. de V. S.* Laborant vitiis femi-

minæ ficuti viri, nec fexus differentia mores format. Conftat, patres in fexum fequiorem fæpe iniquiores, quam par erat, fuiffe, et inde tantummodo præfumtio contra eos promanauit. Cum vero hi ipfi fingularem affectarent caftitatem et cœlibatum præoptarent, fexum fequiorem contemtui habuerunt, vt eo magis cœlibatum fuis commendarent. Aft iniquum foret, ex eiusmodi inanibus fundamentis plus fidei tribuere mafculis quam fœminis. *Sexta* conclufio tam abfurda eft, vt vix mereatur refponfionem. Vnde enim quæfo, *virgo* plus fidei habebit quam *vidua?* an quia hæc maritum agnouit, illa non? Scilicet quia a patribus virginitas tantis eft elata laudibus, hinc exiftimarunt ineptiores, folum ftatum virginitatis quoad fidem iuridicam aliquod momentum afferre debere. *Septima* conclufio ex fuperftitione feculi fluit. *Clerici* enim fibi priuatiue omnem pietatem vindicarunt in papatu, quafi tantum fpirituales effent, laici vero carnales et feculares. Sed fæpe inuerfa facies rerum eft, cum hiftoriæ ecclefiafticæ doceant, Clericorum peffimam viuendi rationem laicorum mores deprauaffe. Dantur vbique pii Clerici, fed dantur etiam laici, et fic ftatus hic nihil quoad fidem iuridicam operatur. *Vltima* denique conclufio fe vnice in eo fundat, quod *mors* fit iuramenti loco FARINAC. *cit. l. n. 109.* Sed non omnes moriuntur Ioannes Euangeliftæ. Et quid fi viui teftes etiam iuramentum præftiterunt? Certe non apparet ratio cur mortuis magis credendum fit! Et deinde quod mors fit loco iuramenti, eft quidem vulgatum affertum Dd. fed non ita comparatum vt huic afferto tuto fides haberi poffit. vid. Strykii Diff. *de morte loco iuramenti.*

An testibus affirmantibus magis credendum sit, quam negantibus?

§. XI. Pergo ad aliam regulam: Ait FARINACIVS *cit. l. num. 200. testibus affirmantibus magis credendum esse quam negantibus*, quam regulam etiam sequitur MYNS. *cent. 4. obseru. 38. num. 7.* Rationem harum suggerit FVLV. PACIAN. *de probat. lib. 1. c. 6. num. 6.* quod affirmatiua sit dignior et praestantior negatiua, quia tamen etiam haec ratio obscura, nouam superaddit, quod scilicet ens dignius et nobilius sit non ente, iam autem vult, affirmatiuam esse ens, negatiuam autem non ens, Id. *cit. l. num. 8.* Ast haec ratio tam absurda est vt vix mereatur responsionem, quasi propositiones negatiuae ad non entia referri debeant. Alii itaque hanc rationem adferunt, quod melius et certius is aliquid nouerit, qui, quod actum sit, asserit, quam qui negat, quod negatiua non ita sensui se offerat GILHAVS. *in arb. iud. cap. 6. p. 1. §. 19. num. 2.* Sed etiam haec ratio communi sensui repugnat. Ponamus Titium conueniri actione iniuriarum, quod Meuio alapam certo inflixerit tempore: duo testes aiunt, duo negant, et quidem specifice, Titium alapam non inflixisse illo tempore, annon hoc incurrit in sensus, annon etiam testes hi negatiuae suae rationem reddere aeque bonam possunt, se liti praesentes fuisse, et omnia animaduertisse, rem autem non ita actam fuisse, vti testes referunt. Aliud forsan dicendum esset, si deponerent testes, se id non vidisse, et ita nescire, sic enim non actum negant, sed suam tantum ignorantiam profitentur.

Contrarium ostenditur.

§. XII. Quantum ego quidem coniicio, videntur Dd. in hanc incidisse opinionem ex male intellecta regula vulgata, quod negatiuae per rerum naturam non sit directa probatio, quam vulgo deducunt ex *l. 23. C. de probat.* et *l. 11. C. de non num. pec. c. 5. X. de renunc. c. f. c. 6. qu. 5. c. 23. X. de elect. c. 11.*

c. 11. X. de probat. quorum textuum tamen ſenſus magis huc redit, difficiliorem eſſe negatiuæ probationem quam affirmatiuæ, non ex natura ſua, quaſi non poſſet probari, ſed ob defectum inſtrumenti et teſtium. Sed ſi teſtes non deficiunt, nihil obſtat, quo minus poſſit æque commode probari, vti quidem negatiua, vti ſolide et pereruditе oſtendit COCCEIVS *de directa probat. negatiuæ.* Hoc quidem concedi poteſt, negatiuam indefinitam probari non poſſe, non quia *negatiua* eſt, ſed quia *indefinita* eſt, ſicuti idem dicendum, de affirmatiua indefinita. Aſt quando teſtes pro negatiua producuntur, qui rationem negationis ſuæ euidenter dare poſſunt, id quod ſemper in probatione ſupponi debet, iam negatiua non amplius eſt indefinita, ſed ſatis definita. Ponamus teſtamentum caſu fortuito incendio periiſſe. Titius exinde petit legatum et producit teſtes, qui aſſerunt in eo legatum Titio relictum eſſe, heres hoc negat et pro ſua negatiua alios producit teſtes, qui directo negant, Titio nihil fuiſſe relictum: Vtriusque tam actoris quam rei teſtes ſe fundant in eo, quod teſtamentum legerint, et ſic eandem ſuæ negationis rationem ſuggerunt, certe non apparet ratio, quare eadem ratio fortius probare debeat pro affirmantibus quam negantibus, cum eadem ratione affirmantes mentiri poſſint quam negantes. Quemadmodum itaque regula vulgata, quod negatiua directo non poſſit probari, falſiſſima eſt, ita quoque hæc concluſio exinde deducta. Si dicis: ſupponendum eſſe caſum, vbi teſtes negant, ſed rationem ſuæ negationis reddere nequeunt, tunc regero, idem quoque dicendum eſſe de affirmantibus teſtibus, aſt vero in colliſione hac teſtes cum ratione deponentes præſupponuntur, alioquin nihil probant, et ſic non oritur inde colliſio. Sic nec caſus huc pertinet, quando ſimpliciter ignorantiam ſuam profitentur, cum ſic directo

non

non negent. Vnde etiam huius regulæ tot limitationes coacervant, quæ videri possunt apud MVLLERVM *ad Struu. ex. 28. thes. 49. lit. 2.* et FARINACIVM *cit. loc. num. 215. sqq.* quæ ipsam regulam plane tollunt et euertunt.

Respiciendum esse ad depositiones testium, quænam sint verosimiliores.

§. XIII. Reiectis itaque his fundamentis spuriis, ex fontibus ipsis veras subiiciamus regulas. ARCADIVS in *l. 21. in f. de testib.* hac de re ita loquitur: *Confirmabit iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, et quæ rei aptiora et vero proximiora esse comperit.* Idem repetit Pontifex in *c. 32. X. de testibus* asserens: *respiciendum esse ad testium deposita, quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum animi sui conuenit iudicem informare.* Idem vrget PAVLVS in *l. 114. ff. de R. I.* aiens: *in obscuris inspici solet quod verosimilius est,* conf. *c. inspiciamus 45. de R. I. in sexto.* Hoc fundamentum naturali ratione nititur, cum omnis probatio huc tendat, vt iudici fides fiat, hæc autem consistit in summo probabilitatis gradu, cui sana ratione credi potest. Atque inde in iudice iudicium requiritur limatum et exasciatum, quo depositiones testium recte possit inter se conferre, et ex natura negotii, vel etiam humani generis desuper statuere, qui enim expers rerum et naturæ humanæ minus peritus est, diiudicare nequit, quænam depositiones testium magis veritati accedant. Atque inde recte Imperator Valerio Vero in *l. 3. ff. de testibus in f.* in hæc verba rescripsit: *ex sententia animi tui æstimare oportet, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.* Obseruauit hoc fundamentum Pontifex in *c. 9. X. de probat.* vbi Ecclesiæ Rauennatensis testes ideo præferendos esse iudicauit, *quod aptiora negotia et vero proximiora in suis testimoniis expresserint.*

§. XIV.

Dicta testium et rationes diligenter ponderari debent in collisione.

§. XIV. Vtut vero quænam depositio sit vero proximior, magis ex circumstantiis causæ controuersæ iudicari possit, tamen quædam generales obseruationes hic non negligendæ sunt. Primo itaque iudex diligenter excutiet et ponderabit *dicta testium*, et inprimis eorum *rationes*, quibus scientiam suam confirmant, ex quibus facile apparebit, quænam rationes magis specificæ sint. Nam qui plures et minutissimas etiam rei, de qua quæritur, circumstantias optime connectentes adferre potest, huius sine dubio depositio præferenda erit contradicentium depositioni, quæ non ita qualificata est. Sic vbi disputatur de finibus, communiter ab vtraque parte testes produci solent ad fines designandos, quibus itaque fides habenda erit, si ab vtraque parte producti fuerint? Ponamus testes quosdam deponere, fines quoque se extendere trans flumen, quod ipsi ita perpetuo obseruauerint, et ab antiquis non aliter audiuerint, cum etiam testes de auditu et fama ad probandos antiquos fines admittantur *c. 13. X. de probat.* Alii testes e contrario deponunt, fines tantum sese extendere vsque ad flumen, huiusque depositionis hanc causam adferunt, quod quidem antiquitus fines actoris sese latius extenderint, sed per alluuionem sensim fundo ipso aliquod detractum et rei agris adiectum fuerit, et cum iniuria belli multi agri a possessoribus essent deserti, hinc factum sit, vt actor partem aliquam agri, quasi suo detractam, occupauerit, ex quo deinceps, ad sua redeuntibus possessoribus, variæ contentiones ortæ fuerint. Horum depositiones sunt admodum probabiles, quia 1) *naturæ negotii* magis conueniunt, cum flumina soleant esse communiter termini naturales, et rarissime contingere soleat, vt quis particulam ad agrum pertinentem trans flumen possideat: prout autem natura rei se vt plurimum habere solet,

hoc probabilius est. 2) Accedit specifica omnium *circumstantiarum* demonstratio, qua testes contrarii destituuntur, quæ omnia 3) per ipsam *ocularem inspectionem* planiora fieri possunt, vnde in R. I. *de anno 1654. §. 51.* cautum, vt litigantes finium ichnographiam ad acta reponant, ex qua iudex eo rectius informari possit.

Videndum annon testes adiunctam habeant præsumtionem iuris?

§. XV. Deinde considerandum, annon testium quorundam depositiones adiunctam habeant *præsumtionem iuris*, quæ validius pondus eorum depositionibus tribuere possit, prout recte obseruat FARINACIVS *de testibus lib. 3. tit. 7. qu. 65. n. 129.* Tollitur enim quidem præsumtio iuris per contrarii probationem a duobus vel pluribus testibus peractam, sed quando is, pro quo est præsumtio, in reprobatione itidem pro se duos testes habeat, eo ipso præsumtionem pro se militantem conseruat illibatam. MASCARDVS *de probat. vol. 3. Concl. 1219. n. 7. seqq.* ex quo prælaudatus Autor recte infert, in dubio magis credendum esse testibus deponentibus de bonitate alicuius, quam contrarium asserentibus. Sic cum vlterius res quælibet præsumatur esse libera, nec seruitutibus obnoxia, magis credendum erit testibus de libertate attestantibus quam de seruitute, MASCARD. *cit. l. n. 21.* FARINAC. *cit. l. n. 139.* Reuera enim testes contrarii deponunt, quod minus verosimile est, ceteri autem, quod probabilius est, cum non sint verosimilia ea, quæ deuiant a naturali rei cursu, ÆGID. BOSSIVS *de testibus tit. de opposit. contr. testes n. 96.* Quodsi pro vtraque litigantium parte præsumtiones militant, standum esset fortiori præsumtioni, quæ in collisione præsumtionum prævalet, prout declaratum in *Diss. de collis. præsumt. c. 3.*

In dubio testibus rei credendum.

§. XVI. Quodsi non satis apparet quænam testium depositiones sint vero proximiores, sed vtriusque probatio æqualis

qualis roboris esse videatur, tunc magis inclinandum erit ad absoluendum *reum*, quam ad condemnandum, CARPZ. *in Proc. tit. 13. art. 3. n. 75.* IVSTVS REVBERVS *de testibus p. 3. n. 155.* In dubio enim partes rei sunt fauorabiliores *l. 125. ff.* de *R. I.* et ita facilior iudex esse debet ad absoluendum quam ad condemnandum. Facit huc elegans decisio Pontificis in *c. 3. X. de probat.* vbi ait: *quod si ambarum partium testes sunt æque idonei, possessoris testes præferuntur, cum promtiora sint iura ad absoluendum quam ad condemnandum. l. inter partes 38. ff.* de *re iudic. l. si pars 10. ff. de inoffic. testam. l. 47. ff.* de *Obl. et A.* Accedit quoque et hæc ratio, quod vbi actor vincere intendit, validioribus instructus debeat esse rationibus, quæ deficiunt in supposito casu Vid. Præs. *introd. ad Digest. tit. de re iudic. §. 13.* Potissimum vero in criminalibus hoc ipsum attendi debet, vbi testibus pro defensionibus reorum adductis, etiam quadantenus inhabilibus maior fides habenda quam contra eum deponentibus, FARINAC. *cit. l. n. 153. seqq.*

§. XVII. Denique quoque ad ipsam causam respicere debet, de qua disputatur, cum nonnullæ singularem in iure acceperint *fauorem*, ac in dubio pro eis pronunciari debeat. Quando itaque ab vtraque parte testes producti sunt, non potest non cæteris paribus causa esse dubia, et ita in tali dubio pro *causa fauorabiliori* pronunciandum est, vti ex pluribus textibus iuris hoc perspicuum redditur *l. inter pares 38. ff.* de *re iudic. l. 24. ff.* de *manumiss. l. 1. pr. ff. solut. matrim. l. 4. ff.* de *inoffic. testam. cap. 3. X. de probat.* Atque si actor causam huiusmodi fauorabilem tuetur, etiam pro ipso erit pronunciandum, ex quo prior regula in *§. antec.* adducta limitanda RICHTER *ad c. 32. X. de probat. num. 19.* CARPZOV.

Ad causam ipsam denique respiciendum de qua disputatur.

zov. *cit. l. n. 77.* Quænam autem causæ fauorabiles dicendæ, non aliter quam ex determinatione legis iudicari potest, quorsum vulgo referri solent 1) causæ matrimoniales PACIANVS *de probat. lib. 1. c. 63. n. 48.* 2) libertas *l. 24. de manumiss.* 3) ecclesiæ *c. 1. X. de probat.* MEVIVS *P. 5. Decis. 317. n. 4.* 4) causa dotis MEVIVS *P. 5. D. 317.* 5) alimentorum CARPZOV. *lib. 4. R. 57. n. 5.* 6) in genere causæ piæ, pauperum et miserabilium personarum, Studiosorum etc. In hisce itaque causis fauorabilibus magis illis testibus fides habenda qui pro dote, testamento, alimentis, matrimonio, libertate etc. deponunt, cum illis iura speciali ratione assistant. Atque ita ex his tribus obseruationibus facile constabit, quibusnam testibus in collisione magis fides habenda sit.

CAPVT. II.

DE

COLLISIONE TESTIVM ET DOCVMENTORVM INTER SE.

ARGVMENTVM.

I. Regulæ iuris de vi probationis per instrumenta et per testes. II. De variis speciebus instrumentorum et testium inuicem collidentium. III. Aequalis modus probandi per instrumenta et per testes. Explicatur L. 25. C. de fide instr. IV. Maior vis probandi instrumentorum in factis antiquis, V. in negotiis scripturam desiderantibus, VI. ex natura processus executiui, VII. in rebus, quarum fluxa est recordatio. VIII. Confessio in instrumento facta per testes impugnari nequit. IX. In antiquis Instru-

ſtrumenta præualent teſtibus. X. An ſcripturæ ex archiuo deſumtæ, vel literæ inueſtituræ præualeant? XI. Præualent in cauſis antiquis. XII. Examen ſententiæ Treutleri de teſtium prærogatiua in probando. XIII. Vſus teſtium in probanda inſtrumenti falſitate, XIV. XV. in impugnando tenore inſtrumenti. Quot teſtes deſiderentur. XVI. XVII. De fide teſtium inſtrumentariorum contra inſtrumentum.

§. I.

Generatim de colliſione inſtrumentorum et teſtium inter ſe.

Maxima eſt inſtrumentorum fides, ſed non minor teſtium, omni exceptione maiorum. Quando igitur oritur colliſio inter teſtes et inſtrumenta vtrinque producta, grauis ſolet eſſe diſceptatio, an teſtes, an vero inſtrumenta præualere debeant. Occurrunt enim variæ regulæ iuris, quæ non leuem difficultatem operari videntur. Quandoque æqualis vis ac robur et teſtibus et inſtrumentis tribuitur *l. 15. C. de fide inſtrum.* Sed præterea tamen nota eſt ſententia PAVLI *lib. 5. ſentent. tit. 15. aſſerentis, teſtes aduerſus ſcripturam interrogari non poſſe*, quorſum etiam collineare videntur *l. 31. C. de Donat. et l. 10. ff. de Probat.* vbi euidenter publica inſtrumenta teſtibus præferuntur. Quid quod in ætate probanda inſtrumenta teſtibus præferri videntur *l. 3. C. Si min. mai. ſe dix.* Quid vero eſt, quod Hadrianus Iunio Rufino reſcribat in *l. 3. §. 3. ff. de teſtibus*, ſe teſtibus non teſtimoniis crediturum? Quid eſt, quod teſtes contra inſtrumenta admittantur in *l. cum precibus 18. C. de probat.* Quid denique eſt, quod in *Nov. 73. c. 3.* aſſeratur, *ea quæ viua voce dicuntur et cum iureiurando, hæc digniora fide quam ſcripturam ipſam ſecundum ſe ſubſiſtere.*

Quales testes, qualia instrumenta hic intelligantur.

§. II. Vt vero nos legitime ex his dubiis extricemus, præmonendum est, instrumenta esse vel publica vel priuata. *Publica*, autoritate publica munita sunt, et ita etiam publicam fidem pro se habent. Quorsum referunt 1) acta siue gesta iudiciaria, et protocolla, de quibus vid. STRYK. *de iure protocoll.* 2) tabulas censuales, seu Catastra, de quibus RHETIVS *de iure Catastr.* 3) libros ecclesiasticos, 4) acta publica ciuitatis, 5) documenta antiqua ex archiuis desumta, 6) instrumenta trium integræ fidei testium subscriptione munita, *l. 11. C. qui pot. in pignor.* 7) instrumenta a Notario confecta, *Const. Maxim. de anno 1512.* Ad *priuata* instrumenta refero scripturas in fidem gestorum factas, sed absque publica autoritate, quæ, si debite recognoscantur, etiam contra scribentem plene probant *l. 26. §. f. ff. depositi l. 25. §. f. ff. de prob. l. f. de constit. pecun.* et sic etiam huc pertinent, quatenus de collisione cum testibus quæstio est. Testes vero non alii hic supponuntur, quam qui legitime probant, h. e. si debito numero constent et omni exceptione maiores sint. Quod si enim testibus valide quid obiici potest, facile constat, testes in collisione non adeo fidem contra instrumentum facere posse.

Quo sensu testium et instrumentorum fide æquetur in iure.

§. III. Deinde videndum, quis sit sensus *l. 25. C. de fide instrum.* Imperator rescribit: *in exercendis litibus eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* Agit hic Imperator in genere de *modis probandi*, non primario de collisione probationum inter se, et simplex adeo huius textus sensus est, quod ordinarie in litibus probandis admittantur tam testes quam instrumenta, atque adeo quoad vim decisiuam perinde esse videatur, siue quis testes produxerit, siue instrumenta pro intentione sua fundata, conf. *c.*

c. X.

c. *X. de probat.* Sic exceptio ſpolii non minus teſtibus quam inſtrumentis probari poteſt, CARPZ. *P.* I. *C. 6. def. 3.* vtut enim exceptio ſpolii intra XV. dies probari debeat, et ſic magis per inſtrumenta quam teſtes ſpolium probari debere videatur, cum teſtes non ita in continenti probent, ſed eorum productio tractum temporis deſideret, quia tamen teſtes etiam intra hoc tempus produci poſſunt, et teſtimonium ferre, non vtique repudiandi ſunt, vid. IOSEPH. MASCARD. *de probat. concl.* 1329. *n. 1.* præſertim cum hodie ſufficiat, intra terminum quindecim dierum articulos ſaltim cum nominibus teſtium iudici offerre, licet probatio intra illud tempus plane non abſoluatur, CARPZ. *cit. l. de f.* 2. Huc etiam collineat Pontifex in *c.* 10. *X. de fid. inſtrum. verſ. ſatis eſt*, aiens: *tanta fides adhibeatur inſtrumento confecto, quanta foret duobus teſtibus idoneis adhibenda.* vel vt CICERO *Orat. I. in Verrem* ait, *omnis ſpectatio Iudicum aut in tabulis aut in teſtibus eſt.*

§. IV. Quæ quamquam regulariter ita ſe habeant, tamen negari nequit, pro diuerſa negotiorum natura quandoque facilius teſtes quandoque vero inſtrumenta magis deſiderari. Sic (1) huc refero *facta antiqua* obſcura, quæ quidem etiam teſtibus poſſunt probari, etiamſi tamen ſint de auditu, dummodo deponant etiam de fama, quod a parentibus ſuis nunquam aliter audiuerint, *c. 13. de probat.* PACIAN. *de probat. lib. 1. c. 49. n. 51.* FARINACIVS *de teſtibus qu. 69. n. 125. ſeqq.* maxime ſi facta memoriam hominum excedunt, quorſum inprimis pertinet immemorialis præſcriptionis probatio, *l. 2. §. idem Labeo. ff. de probat.* Facilius tamen facta antiqua per inſtrumenta probari poſſe conſpicuum eſt, ita vt magis hic inſtrumentis et documentis antiquis credatur quam teſtibus

(1) *Facta antiqua magis probantur inſtrumentis quam teſtibus.*

ſtibus KNICHEN *de iure ſuperiorit. c. 3. n. 12. ſeqq.* ROLAND a VALLE *Vol. 1. conſ. 2. n. 59.* MASCARD. *de probat. qu. 6. vol. 1. n. 15. 16.* Nam inſtrumenta rem magis determinant, et certum quid conſtituunt, imo prout negotium reuera geſtum eſt, euincunt, cum teſtes in antiquis non aliter quam de auditu probationem adferre poſſint, quæ non tam concludens eſt, vti quidem ipſorum diplomatum et inſtrumentorum tenor. Quin idem dicendum arbitrantur de priuata ſcriptura, vtpote cui antiquitas temporis plenam fidem conciliauit. GYLMAN. *Tom. 1. Symphor.* P. 3. c. 23. n. 86. SCHRADER 1. *Conſ.* 5.

(II) Si ad negotii eſſentiam ſcriptura deſideratur, hac teſtibus præfertur.

§. V. Porro (II) quædam *negotia* communiter non aliter quam *per inſtrumenta* expediuntur, adeo vt ad eorum eſſentiam quaſi ſcriptura pertinere videatur: & hæc ipſa rurſus magis per ſcripturam quam per teſtes probantur. Huc igitur pertinent priuilegia, quæ licet ad ſuam eſſentiam præciſe ſcripturam non requirant, GONZALEZ. TELLEZ. *ad c. porro 7. X. de priuil. n. 1.* tamen rariſſime vel nunquam absque ſcriptura ſeu diplomate concedi ſolent, et inde in probandis privilegiis ipſa diplomata vnice fere litem diſſoluunt. Atque huc refero Pontificis aſſertum in *C. ad audientiam 13. X. de præſcript.* vbi ait: *magis autoritatem priuilegii quam depoſitiones teſtium attendentes.* Cum enim ordinarie *priuilegia* per diplomata conferantur, ordinarius ea probandi modus magis fideri debet per inſtrumenta quam teſtes. Proinde quoque in dubiis caſibus ad inſpectionem priuilegiorum prouocatur *C. porro 7. X. de priuil.* et qui in *exemtione* ſe fundant, privilegium ſuum exhibere debere dicuntur *c. 7. eod. in 6.* Interim tamen etiam ſuper admiſſione diplomatis teſtes admitti poſſe non dubitatur, *c. 12. X. de priuil.* Sed hoc magis videtur ex accidente fieri, et extra ordinem, cum ordinarius et

et ſolennis modus, priuilegia probandi, magis expediatur per diplomata, ſeu literas patentes, quibus varia iura et privilegia ab Imperantibus indulgentur; vnde etiam hodie ſtudium rei diplomaticæ tam ſollicite excolitur, cum maxima vis probandi exinde deriuetur. Vid. EISENHARDT *de jure diplomatum* et HERTIVS *Diſſ. de iure diplom.* et quæ MABILLONIVS, PAPEBROCHIVS, GERMON, LEIBNITIVS aliique de re diplomatica commentati ſunt. Ceterum ad eſſentiam negotii quandoque ſcriptura quoque refertur, vt in cauſa emtionis venditionis in ſcriptis contractæ ſecundum *l.* 17. *C. de fide inſtrum.* quod negotium ex ſua natura potius per inſtrumentum quam teſtes probari debet. MASCARD. *de probat. Vol. I. qu. 6. n. 20.* Interim tamen extra ordinem in caſu amiſſi inſtrumenti teſtes admittendos eſſe conſtat *l.* 1. 5. 7. 8. *C. eod.* HVBER. *ad tit. de fid. inſtrum.* §. 29. Loquor enim tantum *comparatiue* et de modo ordinario probandi. Sic ad eſſentiam teſtamenti non quidem in genere, ſed ſcripti ſcriptura ipſa pertinet, atque ideo controuerſiæ, quæ originem ex teſtamento ſcripto trahunt, *magis ipſa* ſcriptura quam teſtibus probari debere expeditum eſt, vtut in caſu teſtamenti amiſſi, vel ſi aliud dubium circa ſcripturam oriatur, teſtes quoque audiendi ſint, qui de tenore teſtamenti, eiusque validitate teſtimonium ferant, de quo infra.

(III) Ex natura proceſſus quandoque inſtrumenta tantum admittuntur.

§. VI. Vlterius (III) ex *natura proceſſus* quandoque vnice inſtrumenta, non teſtes admittuntur, quorſum pertinet *executiuus*, quo tantum agi poteſt, quando quis liquida et guarentigiata inſtrumenta pro ſe habet, CARPZ. *in proc. tit.* 22. *art. I. n. 25. ſqq.* qui enim debitum per teſtes probare intendit, ad proceſſum ordinarium confugere debet. Quamvis vero etiam hic exceptiones contra tale inſtrumentum au-

 dian-

diantur, tamen non aliter admittuntur, quam ſi in continenti probabiles ſint, CARPZ. *cit. l. art. 4. n. 1. ſqq.* et quidem præciſe inſtrumentis hæ quoque probari debent, adeo vt exceptiones, quas per teſtes reus vult probare, in reconuentionem reiiciantur MATTH. COLER. *de proceſſu executiuo P. 4. c. 2. n. 23.* ZANGER *de except. p. 3. c. 26. n.* 115. Cum enim in proceſſu executiuo actor non audiatur, ſi debitum per teſtes probare velit, DAN. MOLLER. *lib. 3. ſemeſtr. 39. n.* 1. CARPZ. *cit. l. n. 32.* non quoque audiendus eſt reus, ſi teſtes pro ſua intentione producere vellet. Vtut itaque §. 3. dictum ſit, ſpolium æque teſtibus quam inſtrumentis probari, tamen hoc ex præſenti obſeruatione limitandum eſt, ſi forſan in proceſſu executiuo exceptio ſpolii obiiciatur, quæ tunc per inſtrumenta probari debet, CARPZ. *P. 1. c. 6. Def.* 5. Ceterum quamuis hæc ordinarie ſe ita habeant, tamen quandoque etiam exceptiones per teſtes probari poſſe non negat CARPZ. *in Proceſſ. cit. l. n. 26. ſeqq.* ſi *iuſta cauſa* adſit, et quidem hoc modo, ſi excipiens ſtatim teſtes coram Notario et teſtibus ſuper exceptione examinari curauerit, et intra terminum executioni præfixum inſtrumentum Notarii produxerit. Sed hic caſus rurſus ad extraordinarium modum probandi referri debet. Similiter hic referunt caſum, quando quis ſententiam ad iuramentum neceſſariam latam reſcindere intendit, propter inſtrumenta nouiter reperta, nam hoc caſu itidem tantum inſtrumenta admitti aiunt, ad reſcindendam rem iudicatam, non etiam teſtes propter verba *l. 31. ff. de iureiur. ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus ſolus uſurus ſit.* Præſertim cum in teſtibus non leuis ſubordinationis ſuſpicio latitet, quæ falſitas in inſtrumentis non tam facile committi poteſt. BERLICH. *P. 1. concl. 35. n. 9.* MÜLLER *ad Struu. ex.* 17. *th. vlt.* Verum de hac ſententia merito dubi-

dubito cum MEVIO *P. 7. decis. 95. n. 5.* et CARPZ. *P. 1. C. 15. def. 4. n. 5.* cum expeditum sit, sub vocabulo *instrumentorum* in materia probationis etiam testes comprehendi, eo quod instrumenta omne comprehendant, quod instruit causam, nec idonea ratio diuersitatis in contrarium adduci potest. Simili ratione iuramentum in litem est etiam legale, et sic quoque post iuramentum præstitum admittit probationem, si probationes nouæ repertæ fuerint, quæ tamen ad instrumenta haud restringuntur in *l. 4. §. 3. ff. de in lit. iur.* Ad dubia respondetur in Diss. STRYKII *de probat. contra præst. iuram. legale c. 3. §. 7.*

(IV) Natura negotii quandoque faciliorem probationem admittit per instrumenta quam testes. veluti in ætate probanda.

§. VII. Denique (IV) alias quoque ex aliis circumstantiis, *natura negotii* ita postulante, probatio per instrumenta, exclusis testibus, requiritur, præsertim in rebus, quarum *fluxa* solet esse *recordatio*, et quæ vix aliter, quam per scripturam conseruari possunt. Huc refero, quando rerum actarum *exacte* designanda sunt tempora, vti in *probanda ætate.* Equidem non nego, etiam ætatem per testes probari posse, *l. 2. C. de his qui veniam*, sed tamen comparatiue loquendo, certior et solidior imo distinctior probatio ætatis est per instrumenta quam per testes, quoniam memoria hominum labilis est, et facile dies et hora natiuitatis alicui excidere potest, vt in tempore erret: ast litera scripta manet. Vbi itaque exacta et præcisa claraque requiritur ætatis probatio, magis instrumenta quam testes produci debent. Et in hunc sensum accipio *l. 3. C. si minor se maior. dix.* Vbi casus occurrit de minore, qui in instrumento per sacramenti religionem se maiorem esse asseuerauerat, cui exclusum quidem dicitur esse beneficium restitutionis in integrum, sed hac adiecta limitatione: *nisi palam et euidenter ex instrumen-*

 torum

torum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis. Valde solliciti sunt interpretes, vt inuestigent solidam rationem, quare in hoc casu tantum instrumenta et non testes admittantur? GONZALEZIVS *in c. 1. X. de testibus, num. 7. in f.* arbitratur: hoc ideo fieri, quia minor cum iuramento se maiorem asseruerat, testes autem absque iuramento contrarium ostendere volebant, quibus non crederetur, *l. 9. C. de testibus.* Sed haec resolutio est diuinatoria, neque in textu hoc supponitur, quod testes iniurati tantum sint reiiciendi, sed potius quod in genere depositiones testium admitti nequeant. Itaque simplicior responsio hæc est, agi hic de probatione contra proprium iuramentum et instrumentum, contra quod non aliam quam solidam, certam et euidentissimam voluerunt admittere probationem; vtut itaque alias testes æqualem fidem habent cum instrumentis, tamen in ætate probanda certiorem et solidiorem ex antea dictis probationem instrumenta faciunt quam testes.

Contra propriam confessionem instrumento factam probatio per testes non admittitur.

§. VIII. Ex eodem fundamento dependere videtur, quod contra *propriam confessionem* in instrumento expressam non alia probatio in contrarium admittatur, quam per *contrarium instrumentum* secundum *l. 13. C. de non num. pec. l. 25. §. f. ff. de probat.* In vtroque textu supponitur casus, vbi quis propriam confessionem debiti vult impugnare, et *causam debendi* in instrumento expressam euertere, et *indebite* promissionem factam ostendere, quod non aliter quam liquidissimis argumentis in scriptis habitis fieri posse dicitur. Ratio hæc additur *in cit. l. 13. in f. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere.* Testes autem vel ideo hic excluduntur, quia metus erat, ne ita

ita debitores falſos ſubordinarent teſtes, qui cauſam debendi erroneam vel falſam eſſe deponerent, quo ipſo maleuoli debitores a ſolutione debiti facile ſe poſſent liberare, quæ ratio facile colligi poteſt ex *l. 18. C. de teſtibus*, vbi proinde Imperator ad præcauendas ſubordinationes V. teſtes requirit, et ſic ordinarium probandi modum per duos teſtes excludit. Cum vero dilucide confeſſus erat debitor, ſe reuera ex hac vel illa cauſa debere, et confeſſionem ſuam impugnando *in dolo* eſſe videbatur, ad metum *ſubornationis* excludendum non alia probatio, quæ eſſet euidentiſſima admitti potuit, quam per inſtrumenta alia, veluti ſi proferatur inſtrumentum, in quo creditor confiteatur, Chirographum per ſimulationem tantum eſſe conſcriptum, et cauſam debendi veram non eſſe. Sollicite ergo cauendum eſt, ne ex hiſce textibus cum nonnullis interpretibus incaute inferamus, quaſi *contra inſtrumenta* non alia probatio in genere admittatur, quam per *contraria documenta*, cum tamen hoc tantum reſtringendum ſit ad caſum, ſi quis *propriam ſuam confeſſionem* impugnare velit. Neque pro generali ſententia aliquid facit *l. 1. C. de teſtibus*, quippe quæ non eſt authentica, ſed e Baſilicis a Cuiacio reſtituta, nec ita vim decidendi habet.

Concluſio ex hactenus dictis.

Vbi in antiquis colliſio eſt inter teſtes et inſtrumenta, præferuntur inſtrumenta.

Quid probetur per cenſum.

§. IX. Quod ſi itaque in his caſibus praemiſſis colliſio inter teſtes et inſtrumenta oriatur, facile apparet, magis inſtrumento, quod alias nullo vitio laborat, ſtandum eſſe. Atque ita 1) in *antiquis* magis ſtandum erit documentis et diplomatibus quam *teſtibus*, ex ratione in §. 4. addita. Et ita planus eſt intellectus *l. 10. ff. de probat.* vbi Marcellus ait: *Cenſus et monumenta publica, potiora teſtibus eſſe Senatus cenſuit.* Videndum ergo quid per cenſum ſeu libros cenſuales probetur.

tur. Scilicet olim α) probabatur ætas *l. 3. pr. l. 4. §. 5. ff. de censib.* quam apud censum confitebantur. Sic Marcus Antoninus Philosophus iussit quoque apud Præfectos ærarii vnumquemque ciuium natos liberos profiteri intra tricesimum diem, vt refert CAPITOLINVS *in M. Antonino ;* β) probabatur ius ciuitatis, vti ex Oratione CICERON. pro *Archia Poeta* constat. Hoc intuitu Gracchus accusatur Archiæ, qui cum ciuem esse negabat, requirebat tabulas publicas. Ait enim Cicero: *Hic tu tabulas desideras Heracliensium publicas, quas Italico bello, incenso tabulario* (h. e. loco, vbi tabulæ publicæ asseruabantur) *interiisse scimus omnes.* Producebat ergo eo nomine Cicero testes, quas tamen respuebat Gracchus: quasi tabulæ desiderarentur publicæ, in quo tamen recte eum reprehendebat Cicero, licet enim monumenta publica in his negotiis testibus potiora sunt, tamen non plane excluduntur testes, quando ex accidenti tabulæ haberi nequeunt, sed tantum in collisione præferri debent. γ) probabatur modus tributi soluendi *l. 22. §. f. de ann. legat.* δ) alia facta antiqua *l. 7. et 11. C. de fide instrum.* Cum itaque census et monumenta publica potissimum facta antiqua demonstrent, et talia solide euincant, quæ non semper per testes probari possint, recte dicit Marcellus, potiora illa esse testibus in collisione, maxime in illis negotiis, cuius rei gratia conscribuntur. Interim tamen requiritur, vt libri censuales publica autoritate conscripti fuerint, et quidem debito modo, quod non statim asserendum de libris censualibus nobilium, vti probat CARPZ. *lib. 1. Resp. 61.*

An scriptura desumta ex Archiuo præferatur testibus

§. X. Ex hoc nunc porro ad dictum §. inferunt, scripturam sumtam ex Archiuo præualere probationi per testes, ROMANVS *cons. 319.* TRENTACINQV. *lib. 2. var. resol. 8. n. 10.*

GON-

GONZALEZ TELLEZ *ad cap. 13. X. de præſcript. n. 6.* quod tamen non ad quaslibet chartas in Archiuo repertas extendendum puto, ſed ad diplomata et priuilegia authentica, quippe quæ ita comparata ſunt, vt ordinarie in ſcriptura conficiantur, et ita ordinarius ea probandi modus ſit ſcriptura, atque adeo merito hiſce ſtandum *c. 13. de præſc.* Sic etiam in quæſtionibus feudalibus controuerſis potiſſimum ad *inſtrumenta inueſtituræ* reſpici debet, quæ plene probant, ROSENTHAL *de feud. cap. 6. concl. 67. n. 2.* et ſic in probatione merito prærogatiuam præ teſtibus habere debent, niſi tales circumſtantiæ adducantur, ex quibus manifeſto error probari poſſit. Olim quidem ſolis Paribus curiæ in his litibus credebatur, quippe qui inueſtituræ intereſſe debebant, id quod cum hodie haud neceſſarium ſit, et inueſtituræ ordinarie per inſtrumenta expediantur, aliud quoque hodie dicendum eſt.

An inſtrumento inueſtituræ magis credatur quam teſtibus?

§. XI. Sic quoque ſecundum §. 6. 7. *et* 8. vbi ne quidem teſtes audiuntur, ſed præciſe ex natura negotii vel ratione ſpeciali inſtrumenta requiruntur, facile conſtat, inſtrumentis præ teſtibus ſtandum eſſe, licet vel maxime teſtes producti et examinati ſint, qui contrarium probent, veluti contra propriam confeſſionem in chirographo factam, vel ſi ætas exactiſſime ex documentis probanda ſit. Cum enim ita teſtes in tali negotio plane reprobentur, non poſſunt quoque contra tenorem inſtrumenti aliquid euincere.

vbi ex negotii natura præciſe ſcriptura requiritur hæc teſtibus præfertur.

§. XII. Ex his nunc apparet, non eſſe admittendam TREVTLERI ſententiam, quod ſcilicet probatio per teſtes longe ſit dignior, quam per inſtrumenta, quam affert *vol. 2. Diſp. 5. th. 6. lit. a.* ex illa ratione, quod teſtes deponant cum iuramento. Eandem ſententiam etiam antiquiores ICti ſecuti ſunt

Treutlerus refutatur, exiſtimans, teſtibus in colliſione magis credendum eſſe.

ſunt vt BALDVS in *Rubr. X. de teſtibus.* Abbas in *c. tertio loco X. de prob. n. 5.* vbi ait: probationem per inſtrumenta eſſe quodammodo prodigioſam *vt animalis mortui corio credatur cunctis tacentibus:* ſed vero hæc ratio irriſione digna eſt. Nam vt recte reſpondet BACHOVIVS *in not. ad Treutl. cit. l.* itidem grauis pro inſtrumentis facit præſumtio, tum quod in his etiam teſtes adhiberi ſoleant, tum quod in inſtrumentis auctoritas perſonæ, cuius fides publice eſt approbata, tantoque minus ſuſpicioni obnoxia, interueniat. Accedit quoque hæc ratio, quod ex peculiaribus rationibus potius inſtrumentis ſtandum ſit, vti hactenus euictum eſt. Equidem pro Treutlero adduci poſſet *Nov. 73. c. 3.* vbi imperator diſponit, *quod ſi teſtes aliter quam in inſtrumento ſcriptum eſt, deponant, maior teſtium fides eſſe debeat*, ſed vero hoc aſſertum haud generale eſſe, ſed ad caſum illum, quando teſtes quoque ipſi inſtrumento conficiendo firmandoque adhibiti ſunt, reſtringendum eſſe, ex mox dicendis apparebit. Interim tamen volunt interpretes iuris, eſſe quædam, quæ non poſſunt probari per inſtrumenta, ſed tantum per teſtes, vid. LVDOV. ROMAN. *conſ. 349.* OLDRAD. *Conſil. 199.* quorſum potiſſimum *crimina* referunt, vtpote quæ regulariter et ſufficienter per ſolas literas et inſtrumenta absque alio adminiculo probari non poſſe volunt IVLIVS CLARVS *lib. 5. ſentent. §. fin. qu. 54. n. 1.* Verum vtut hoc certum ſit de nonnullis delictis, vt homicidio, furto, adulterio, quæ magis per teſtes quam inſtrumenta probantur primario, tamen alia delicta æque poſſunt inſtrumentis probari, veluti proditio, Magia, vſuraria prauitas GAIL. *lib. 1. de pac. publ. c. 15. n. 13.* Sic etiam mandatum de delicto committendo probatur literis, quemadmodum etiam omnia delicta, quæ quam iudiciali cognitione excuſſa ſunt, ex actis ſatis probatur. Daniel CLASEN. *ad Conſtit. Crim. Carol. art. 62.*

§. XIII.

§. XIII. Progrediendum ergo est ad eiusmodi casus, vbi tales circumstantiae, de quibus hactenus egimus, instrumenta non comitantur, sed tamen testes *contra instrumenta* deponunt, vbi varie Dd. distinguere solere, animadverto. Res huc redire videtur. Scilicet videndum est, an testes, qui instrumento *adsuerunt*, illudque *subscripserunt*, illud impugnent? an vero *extranei*, seu qui illud haud scripserunt. Posteriori casu instrumentum duplici modo impugnari potest, vel quod in *totum* falsum sit, vel quod negotium non *ita fuerit gestum*, prout scriptum est. Si instrumentum reprobatur tanquam *falsum*, hoc vtique fieri posse per testes constat. Est quidem pro omni instrumento summa praesumtio, tum quod solennitas debita adhibita fuerit, tum quod veritati conforme sit, *§. 11. I. de inutil. Stipul. §. f. I. de fideic.* BARBOSA *in thesaur. lib. 9. c. 72. ax. 3.* sed tamen haec praesumtio per fortiorem elidi potest probationem, si scilicet reus *manifestissimis probationibus, vel per scripturam vel per testes idoneos approbauerit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel aduersarium suum in aliis locis fuisse*, prout ait Imper. *in cit. §. 11*, ex quo euidens est, posse per testes reprobari in totum documentum, sufficienter enim probato, quod reus eo tempore, quo confectum esse dicitur instrumentum, alibi fuerit, manifestissime probatum est, instrumentum falsum et suppositium esse, MASCARDVS *de probat. Vol. 1. qu. 6. n. 60.* Equidem in §. 8. dictum est, quod contra propriam confessionem in scriptis factam testes non admittantur: sed cogitandum est, hic non agi de probatione contra propriam confessionem, de quo ad alterum casum agendum, sed quando instrumentum tanquam falsum in totum reprobatur. Vt autem probatio manifestissima sit, testes debent omni exceptione esse maiores.

Quatenus instrumenta testibus non praevaleant?

quando extranei testes possint impugnare instrumentum?
(1) *si tanquam falsum reprobatur.*

res. TRENTACINQ. *lib. 2. var. resol. 6. num. 9.* MASCARD. *cit. l. n. 68.* Quodſi tamen vnus teſtis cauſam inſtrumenti adiuvet, hic duos in contrarium non ſufficere conſtituit MENOCHIVS *de A. Q. lib. 2. caſ. 105. n. 43.* quia ſic ille vnus teſtis præſumtionem pro inſtrumento firmat, quod tamen ex circumſtantiis iudicandum erit.

(2) *Quando tenor instrumenti per testes impugnatur.*

§. XIV. Quando autem inſtrumentum totum non reprobatur tanquam falſum, ſed *tenor* tantum quodammodo in dubium vocatur, tunc grauior diſpectio eſt, an et quatenus teſtes admitti debeant. Et quidem ſi inſtrumentum propriam confeſſionem rei contineat, quid dicendum ſit, facile conſtat ex his, quæ *in §. 8.* dicta ſunt, ſcilicet teſtes non eſſe recipiendos contra propriam confeſſionem, modo inſtrumento ex alio fundamento nihil valide opponi poſſit, quod forſan inſtrumentum v. c. donationis a Notario confectum ſit nomine donantis, nec tamen legitime eidem prælectum fuerit cum debita explicatione eorum, quæ nomine donantis ſcripta ſunt, quæ tamen donans absque explicatione Notarii intelligere haud potuit; licet enim vel maxime donans hoc ſubſcripſerit, ſi tamen contra voluntatem donantis quædam eidem inſerta deprehendantur, ob defectum prælectionis debitæ, quæ Notariis tam ſollicite iniuncta eſt in *Ord. Not. Maxim. de anno 1512. §. 14. ſeqq.* contra confeſſionem talem probatio per teſtes vel iuramentum admitti debet. Sic cum ſartor quidam feminæ cuidam certam pecuniæ ſummam donauerat *mortis cauſſa*; notarius vero inſtrumento inſeruerat, quaſi donatio eſſet facta *inter viuos*, et hoc ipſum absque prælectione præuia donans ſubſcripſerat, heredes vero feminæ poſtea rem donatam petebant, reſponſum fuit ab hac illuſtri Facultate Iuridica: donantem, ſi iurare poſſet, ſe ita haud donaſſe,

donasse, nec sibi instrumentum legitimo modo prælectum esse, absoluendum esse. Atque huc quoque collineat aperte *l. cum precibus 18. C. de probat.* vbi itidem, ignorante donante, instrumento donationis quid insertum erat, et ita rescripserunt Imperatores, si hoc ipsum probari posset, instrumentum in hac parte reprobari debere.

An magis hoc in casu sit standum instrumentis, an vero testibus?

§. XV. Quando vero alia instrumenta, quam quæ *confessionem propriam* continent, veluti testamenta, protocolla, Notarii instrumenta impugnantur, dubium est, an magis sit standum instrumento, an testibus? Equidem PAVLVS *lib. 5. sent. tit. 15.* generaliter pronunciat, *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, aduersus scripturam interrogari non possunt.* Quibus verbis satis aperte de hoc casu loqui videtur, nam verba: *cum de fide tabularum nihil dicitur*, hunc sanum admittunt sensum, cum instrumentum ipsum falsi non arguitur, sed forsan contra tenorem aliquid obiicitur, vt proinde HVBERO *ad tit. de fide instrum. n. 13.* hoc minus recte cauillatorium esse videatur. Vniuersaliter hanc sententiam admitti haud posse facile patet, sed potius de eiusmodi casibus accipienda erit, de quibus in antecedentibus plenius dictum est. Sunt ita comparatæ sententiæ et regulæ ICtorum antiquorum, vt sæpe ad certam quandam materiam restringi debeant, prout ex R. J. corpori Iuris Ciuilis et Canonici adiectis constat. Concedunt itaque Dd. tale instrumentum per testes impugnari posse, vt fides magis testibus quam instrumentis haberi debeat, GILCKEN. *ad l. 15. C. de fid. instrum. n. 30.* TRENTACINQ. *cit. l. n. 8.* sed de numero testium variant. Quidam requirunt tres ad minimum vel quatuor testes, gloss. *ad l. 15. cit. verb. in exercendis.* COVARRVVIAS *lib. 2. var. resol. cap. 13.* sed plerique duos testes sufficere

Quot testes requirantur. re existimant, quos refert GILCKENIVS *cit. l.* Nam etsi Iustin. in *l. 18. C. de testibus.* contra instrumentum quinque testes requirat, per quos debiti solutio probari debeat, tamen sciendum est, illa specie non impugnari instrumenti contenta; sed testes ad probandam exceptionem solutionis requiri, et quidem quinque, quia maxime improbabile est, soluere aliquem debitum, vt tamen 1) instrumentum penes creditorem relinquat, et 2) apocham nullam a Creditore requirat. Sed cum etiam in hac specie hodie duo testes sufficiant, teste SANDIO *lib. 1. tit. 10. def. 1.* FAB. *in C. lib. 4. tit. de testam. def. 23. n. 13.* eo minus exinde dubium moueri potest. *Decisio.* Omissis itaque aliorum sententiis, approbanda videtur sententia MENOCHII *de Arb. I. Q. cas. 105. n. 42.* hoc iudicis arbitrio esse relinquendum, vt ponderet, an maior stet fides pro instrumento, an pro testibus, quem in finem illæ regulæ quoque adhibendæ sunt, quæ supra *C. 1.* circa finem exibui, et imprimis ex circumstantiis iudicandum, quæ verosimilrora sint. Quodsi nec de hoc constet, standum erit instrumento ob summam præsumtionem, quæ pro illo militat *l. 14. in f. C. de Contr. et commun. stipul.* quod exemplo probat HVBER. *ad tit. de fide instrum. §. 11.* Diuersum quidem deciditur in *c. 5. X. de testibus.* vbi testibus fides præ instrumento habetur, sed ibi suspicio erat, sigillum furtim esse appositum, conf. *c. 33. X. de testibus.* simile exemplum est in *c. 10. X. de fide instrum.* sed ibi testibus fides habebatur ex singularibus circumstantiis, quæ ibi occurrunt.

Quid si testes instrumentarii instrumentum impugnent? §. XVI. Progredior ad alterum casum quando testes *instrumentarii*, qui instrumento vel interfuerunt, vel subscripserunt, contra instrumentum deponunt. Si subscripserunt instrumento, v. c. testamento, tunc recognoscere manum.

manum et sigillum vtique tenentur, et hactenus tantum quaestio est de casu, si tenor testamenti in dubium vocetur, vel quidam testes deponant, testatorem iam in agone fuisse constitutum, vbi testamentum conderetur, vt pleno haud frueretur intellectu, et ita non dubium est, quin illis fides haberi debeat, si certam suae scientiae rationem reddere possint, et ita liquido ostendant, aliter fuisse scriptum quam a testatore dispositum, vel actum inter partes. Et huc videtur respexisse Imperator in *Nov. 73. c. 3.* vbi praefert testium depositiones iuramento corroboratas, contentis ipsius instrumenti, quod etiam constare videtur *ex lib. 18. C. de probat.* conf. MENOCH. *cit. l. n. 32.* TRENTACINQ. *lib. 2. var. resol. res. 6. n. 2.* Interim hoc certum est, testes concludentem suae assertionis rationem reddere debere, scilicet aliud fuisse actum, quam instrumento adscriptum sit, idque testes recte intellexisse, GILCKEN. *ad lib. 15. C. de fide instrum. n. 18.* et quidem hanc rationem reddere debent, etiamsi ne quidem de illa essent interrogati. Id *ibid.* MENOCH. *de A. I. Q. Cas. 105. n. 9.* Quando enim dubitantes respondent, se non credere ita actum fuisse, sane ista dubitatio non potest conuellere fidem instrumenti. MASCARD. *de probat. Vol. 1. p. 6. n. 41. seq.* Sane constat, saepissime hodie contractus vsurarios sub praetextu emtionis sub pacto de retrouendendo in scriptis concipi, quibus etiam testes adhibentur, qui tamen, si testantur magis de simplici mutuo actum, et emtionem talem simulatam fuisse, vtique illi contra instrumentum probabunt, praesertim cum plerumque sub eiusmodi venditionibus contractus vsurarii latere soleant, quo ipso depositio testium redditur admodum probabilis et pondus pro fide instrumentorum recipitur. E contrario si plures testes instrumento essent adhibiti, quidam pro veritate instrumenti pugnarent,

quidam eius tenorem impugnarent, hic grauior esset probabilitas pro instrumento, ita eidem standum, quod per se iam fidem summam habet, et præterea testium quorundam fide adiuuatur, GILCKEN. *ad cit. lib. 15. n. 19.* MASCARD. *de probat. Vol. 1. qu. 6. n. 39.*

Quid si vnus ex solennibus testibus testamentum impugnet?

§. XVII. Equidem diuersam constituunt decisionem in casu, si vnus ex solennibus et necessariis testibus instrumentum, veluti testamentum impugnet. vid. allegati apud GILCKENIVM *cit. l. n. 23.* sed duplici ratione ab vno alteroue teste testamentum impugnari potest, 1) quod neget se subscripsisse, et ita manum suam recognoscere nolit, sic enim ex *lib. 1. §. f. ff. testam. quemadm. aper.* testamentum fit suspectum, nisi forsan ex reliquorum testium depositione appareat, contradicentem et interfuisse et subscripsisse, nam tunc recognitio hæc per testes alios commode fieri potest, cum facile vnus alterue testis ab eo, cuius interest testamentum irritari, corrumpi possit, vt subscriptionem propriam neget. 2) Quando manum quidem recognoscit, sed contenta eius impugnat, siquidem alii ipsi contradicunt, itidem standum est testamento: si autem aliis testibus contenta ignota fuerunt, et ita vnus tantum contenta impugnat, ex causa desuper statuendum erit. Quid enim si Notarius publicus testamentum condidisset? quid si testator illud subscripsisset sua manu; illudque legisset, certe vnius testis depositio non potest facile labefactare fidem instrumenti. Concludo itaque, posse fidem instrumentorum per duos testes labefactari, si negotio interfuerunt, et omni exceptione maiores sint, et certam suæ sententiæ rationem reddere possint, ita vt iudici inde maior fides fieri possit, quam ex instrumentorum tenore.

CAPVT.

CAPVT. III.

DE

COLLISIONE DOCVMENTORVM INTER SE.

ARGVMENTVM.

I. Collisio instrumentorum duplex, vel ab eodem vel a diversis productorum. II. III. Instrumenta vere contradictoria, ab eodem producta, irrita omnino; IV. modo ab eodem sint producta, V. nec a tali, qui restitutione iuuatur, VI. et contradictio in diuersis instrumentis interueniat. In vna scriptura interueniens, interpretationis auxilio indiget. VII. Publicum instrumentum præualet priuato. VIII. An protestatio in iisdem producendis interposita prosit? IX. Cura in discernenda vera contradictione et apparente. X. In conflictu instrumentorum a diuersis productorum quatenus vel ad notarii fidem, XI. vel ad qualitatem instrumenti publici vel priuati, XII. vel ad cau'am fauorabilem sit respiciendum? XIII. Maior fides instrumenti, quod verosimiliora continet. XIV. In dubio aduersus eum indicandum, qui probare debuit.

§. I.

Superest tertium collisionis membrum, quando inter instrumenta ad probandum producta conflictus animaduertitur, in quo fere eadem attendi debent præcepta, quæ in collisione testium inter se *Cap. 1.* tradita sunt. 'tut vero collisio potissimum tunc oriatur, quando documenta *Connexio.*

menta sibi inuicem e diametro *aduersantia* a *diuersis* personis producuntur, breuiter tamen præmittendum esse censui, quid iuris sit, si *ab eodem* talia instrumenta, inter quæ conflictus cernitur, producantur.

Collisio inter documenta ab eodem producta iis omnem fidem adimit.

§. II. Quodsi itaque ab eodem documenta sibi inuicem aduersantia producuntur, tunc fides singulorum perit, prout disponunt Imperatores in *l. 14. C. de fid. instrum. Scripturæ diuersæ sibi inuicem fidem derogantes ab vna eademque parte prolatæ nihil firmitatis habere poterunt.* In Cod. Theodos. eadem lex repetitur in *lib. 2. de fid. instrum.* sed loco verborum *ab vna eademque parte prolatæ*, hæc habentur, *ab altera parte prolatæ*, quæ ipsa verba nonnullos deceperunt, vt crederent, eandem quoque decisionem obtinere, si a diuersis personis scripturæ contrariæ productæ fuerint, quo tamen nihil falsius dici potest, cum vti recte Iacobus Gothofredus ad *cit. l. 2.* animaduertit verba *ab altera parte* idem denotent, ac *ab alterutra parte* i. e. siue ab actore, siue a reo diuersæ, et contradicentes scripturæ proferantur. Eandem decisionem repetit Pontifex in *cap. 13. X. de fide instrum.* vbi simul rationem addit his verbis: *imputari ei potest qui contrarias inter se scripturas iudicio protulit, fidem sibi ad inuicem derogantes, cum in ipsius fuerit potestate quam voluerit non proferre.* Vsus est hoc ipso argumento Iulius I. Episcopus Romanus in epistola ad Eusebianos scripta apud ATHANASIVM *apol. 2. pag. 580.* vbi iis obiicit, quod litteras aduersus Athanasium inter se dissidentes scripserint, et inde concludit, quod *literis eiusmodi contradictoriis nulla fides haberi debeat.* Casum hanc legem illustrantem huiusmodi affert IACOBVS GOTHOFREDVS ad *cit. l. 2. C. Theod.* Actor petit a Reo fundum, quasi a rei patre ipsi esset donatus, eumque in finem instrumentum donationis produ-

Illustratur Decisio.

Casus.

producit. Reus obiicit defectum insinuationis, et hoc modo repulso actore aliud producit documentum, quo venditum sibi fundum esse probare conatur, quo ipso huic posteriori scripturæ fides detrahitur, nam, pergit, *non potest ea scriptura fidem facere, quæ cum altera iam antea a me probata colliditur.*

Ratio decisionis.

§. III. Atque hæ ipsæ decisiones naturali ratione fundatæ sunt, cum vel ex Logicis constet, contradictoria non posse simul esse vera: eo ipso itaque, cum quis contradictoria affert, et ita sibi ipsi *contradicit*, nihil probat, cum nón constet, cui fides habenda sit, sed alterum necessario falsum esse debeat. Et inter eruditos hæc sæpe vrgetur, quoties aliquid publicæ luci exponunt, cum non raro sibi inuicem contradicunt, maxime hi, qui nil proferre possunt, quam quod in locos suos communes congesserunt, quæ, cum non cohæreant, sed hinc inde excerpta sint, a contradictionibus libera esse nequeunt. Dicuntur enim contradictoria, quæ inter se haud cohærent, sed potius euidenter pugnant, ita vt veritas vnius non possit stare cum veritate alterius. Neutiquam ergo contradictiones *apparentes* huc referimus, quæ ita comparatæ sunt, vt sanam interpretationem admittant. Dico *sanam*, nam sophisticas interpretationes merito excludimus, quæ sæpe adducuntur, vt pugnantia euitentur, quod potissimum contigit, si leges inter se dissidentes conciliare conantur, quæ aperte sibi inuicem contradicunt; non possint aliter, quam sophistica interpretatione conciliari.

Ab vno eodemque instrumenta collidentia producenda.

§. IV. Debet itaque I) repugnantium instrumentorum productio ab *vno eodemque* fieri. Et sic fides eis derogatur non tam per se, quam ex accidenti, quod scilicet impruden-

ter actor vel reus vtrumque pro se produxerit, cum in eius potestate fuisset, alterum non producere, quo non facto, fides instrumenti producti salua hactenus mansisset, *cap. 13, X. de fid. instrum.* ibique GONZALEZ. *n. 4.* quam amittit per productionem contrarii. Neque *post productionem* facile datur reuocatio instrumenti repugnantis, cum semel alteri exinde ius quaesitum sit, BOERIVS *decis. 252. n. 3.* nisi pars adversa ipsam productionem impugnasset, vel reuocatio fieret re adhuc integra *L. 3. C. de fide instrum.* Quodsi itaque ab vno productio non fuit facta sponte, sed aduersarius per mandata compulsorialia editionem alterius, quod contrarium est, impetrauit, tunc hic casus huc non pertinet, sed ad alterum membrum, quando ab vtraque parte contraria instrumenta producuntur.

Quid si instrumenta collidentia ab eo proferantur, cui iuris ignorantia non nocet.

§. V. Praeterea II) productio debet a tali fieri, cui iura nullo modo succurrunt: Non enim dubium est, *minori*, per temerariam productionem instrumentorum sibi inuicem repugnantium laeso, per *restitutionem* esse succurrendum, cum etiam aduersus temerariam confessionem restituatur, vtut hoc casu aduersarius editionem eius vrgere et ipse producere possit. De *mulieribus* et *rusticis* quaestio est, an his quoque succurratur? quod quidam aiunt, si peritiores consulere non potuerint, quoniam illis error iuris non nocet, *l. 25. §. 1. ff. de cond. indeb.* CYNVS in *l. 14. C. de fide instrum.* praesertim quod alias quoque rusticitati in iure parcendum esse dicatur, *l. 2. ff. si quis in ius vocat.* Sed ab hac sententia recesserunt IOANN. SICHARDVS *n. 4. ad. d. l. 14.* et SALYCETVS *ibid. n. 6.* 1) quod repugnantia simplicitatis excusationem non habeant, cum in tali causa magis malitia quam simplicitas adesse videatur, 2) quod non possit expediri, cui instrumento

mento magis ſtandum ſit. De qua quæſtione ſic ſtatuendum eſſe videtur. Aut enim de malitia ruſtici vel feminæ apparet ex circumſtantiis, aut non: *priori* caſu eis neutiquam ſuccurrendum, cum iura non ſuccurrant decipientibus ſed deceptis. *Poſteriori* vero tota res remittenda ad arbitrium iudicis, qui ſua prudentia iudicare debet qualitatem perſonæ producentis et ſcripturarum, cum ſane ruſtici ſæpe imperiti literarum ſint, et in ruſticanis iudiciis ſæpe varias ſcripturas proferant, non intelligentes, an ſibi præfuturæ ſint nec ne, quin quod contrarietatem non ſemper diiudicare queant, MENOCH. *de arbitr. iud. quæſt. conſ. 194. n. 60. 61.* Id quod etiam de mulieribus ſimplicibus dicendum eſſet, hoc ſcilicet effectu, vt reuocationem vnius ſcripturæ vrgere poſſent, quamuis aduerſarius audiendus merito ſit, ſi eius editionem vrgeat, vt illud poſtea producere poſſit ad ſuam intentionem probandam, quo caſu quæ ſint partes iudicis, in altero huius capitis membro videndum erit. *Deciſio.*

§. VI. Vlterius III) colliſionem requirunt in *diuerſis inſtrumentis*: Quando enim in vna ſcriptura illa contingit, *vltimam* diſpoſitionem attendendam eſſe exiſtimant, per quam priori receſſum eſſe videtur. Alii vltimam potius *per errorem* factam fuiſſe, aiunt TRENTAC. *var. reſol. lib. 2. reſol. n. 4.* Equidem ſi ex probabilibus coniecturis de *errore* conſtat, omnino ſani hominis diſpoſitio ita interpretanda, ne contradictio appareat, cum non credendum ſit, hominem ſanæ mentis in vna diſpoſitione contraria voluiſſe, vt adeoque magis error quam contrarietas præſumi debeat. Et hac ratione Imperator ſtipulationem præpoſteram, quæ reuera contradictionem continet, valere et ita interpretandam eſſe ponit, ne *contradictio* appareat, quæ ex errore irrepſiſſe videtur, *An idem dicendum ſit ſi in vno eodemque inſtrumento repugnantia deprehendantur?*

videtur, *§. 13. l. de inutil. stipul.* Si autem aperte pugnantia inter se adsunt, dicendum cum ICto in *l. 158. pr. ff. de R. I. vbi pugnantia inter se in testamento haberentur, neutrum ratum est*, quin potius tota dispositio tanquam falsa reiicitur *l. 13. §. 3. de reb. dub. l. 16. de condit. instit.* imo merito talis dispositio contra eum interpretanda est, qui clarius loqui et ita ambiguitatem ex contradictione ortam euitare potuisset, qualis autem illa sit, qui clarius loqui debuisset, explicuit Praeses Differt. de *interpret. facienda contra eum qui clarius loqui deb.* conf. GILCKEN. *ad l. 14. C. de fid. instrum. n. 9.*

Quid si instrumentum publicum et priuatum, quae inter se collidunt, ab eodem proferantur.

§. VII. Praeterea IV) requirunt, vt collisio oriatur ex instrumentis *eiusdem generis*, hoc est, vt vtrumque vel sit priuatum, vel publicum. Si enim publicum et priuatum, simul producitur, inter quae collisio manifesta adest, *publico* standum esse volunt, quod scilicet fides publica priuatae scripturae contrarietatem elidat ACCVRSIVS in *l. 14. C. de fide instrum. verb. scripturae*, BALDVS *ad l. cit. n. 12.* Verum recte PETRVS GILCKENIVS *ad cit. l. 14. n. 15.* ab hac sententia recedit, quamuis enim alias priuati documenti fides per publicum instrumentum contrarium supprimatur, si a diuersis personis vtrumque proferatur, tamen non idem iuris esse debet, si ab vna eademque proferantur, cum priuatum documentum contra producentem aeque probet, ac publicum, conf. MENOCH. *lib. 1. praes. 45. n. 1.* BOERIVS *Decis. 252. n. 3.*

Quid si producens protestatus sit, se tantum in passibus vtili-

§. VIII. Alii quoque V) requirunt, vt producens *simpliciter* et *absque protestatione* illa produxerit. Neque enim producentem sibi praeiudicare arbitrantur, si protestatus fuerit, quod documenta tantum in passibus vtilibus, seu in quan-

quantum sibi profutura esse possint, produxerit, SICHARD. *ad Cod. cit. l. 14. n. 1.* MENOCH. *lib. 2. præs. 45. n. 21.* CARPZ. *P. I. C. 17. def. 7. et de Processs. tit. 14. art. 5. n. 26. seqq.* Atque hanc protestationem hoc operari ait CARPZOVIVS, vt in fauorem partis aduersæ instrumentum productum fidem haud faciat. Sed in *Def. seq. 8.* hanc sententiam statim limitat, si altera parte *absente*, eiusmodi instrumentum cum protestatione productum fuerit, id quod sine dubio de casu contumaciæ accipiendum est, et inde concludit, quod altero præsente nihil operetur, et sic secundum eius mentem ordinarie nullius erit efficaciæ, cum ordinarie instrumenta parti aduersæ communicari debeant. Proinde plures hanc negatiuam tuentur, GOSWIN AB ESBACH ad CARPZ. *cit. l. n. 4.* CRAVETTA *cons. 201. n. 6.* BERLICH. *P. I. concl. 34. n. 21.* ex hac ratione, quod instrumenta sint indiuidua, et qui illud in vno approbat in aliis reprobare nequeat. Distinctione hanc litem tollere satagit TRENTACINQ. *Vol. 2. resol. 3. n. 3.* et priorem veram esse existimat in causis plane separatis et instrumento alieno, si aduersarius protestationi non contradicat, posteriorem vero in cæteris casibus, quam etiam approbare videtur PETRVS GILCKEN. *cit. l. n. 11.* Et hæc sane non caret ratione. Qui enim propria documenta produxerit, non potest ea pro parte improbare aut approbare, nisi forsan pro illa parte, qua illa reprobat, manifestum errorem allegare possit, quo ipso hac protestatione illud consequitur, ne contraria protulisse videatur, vtut si aduersarius iisdem vti velit, postea ex doctrina mox proponenda iudicandum sit, vtrum fides ei habenda sit nec ne. Verum si quis instrumenta ab aduersario producta in certis passibus acceptet, hoc saluo iure suo facere potest, nec statim cetera, quæ sibi aduersantur, probasse

bus instrumentum produxisse.

baſſe videtur, cum potius κατ᾽ ἄνθρωπον ita ex conceſſis contra aduerſarium diſputet.

Quid ſi inſtrumenta ſint derogatoria, vel apparenter contradictoria.

§. IX. Hoc quoque VI) attendendum, an documenta reuera ſibi ipſis contradicant, an vero alterum alteri deroget, id quod ex circumſtantiis iudicandum TRENTACINQ. *cit. l. reſ. 5. n. 9.* quodſi enim appareat, in poſteriori documento receſſum eſſe a contrahentibus a priori voluntate, vel pro parte mutationem ſuſceptam eſſe, non tam hæc documenta ſunt contradictoria quam derogatoria, et ſic vltimum demum valet. Sic etiam præterea ex cauſarum circumſtantiis iudicandum, an vera adſit contradictio, an vero apparens, quia diſpoſitiones ita intelligi debent, ne contradicant, *cap. inter dilect. 6. X. de fide inſtrum.* GILCKEN. *cit. l. n. 18.* GONZALEZ TELLEZ *ad cap. 13. n. 2. X. de fide inſtrum.*

Alterum membrum ſi colliſio ſit inter inſtrumenta a diuerſis producta.

§. X. Sed pergo ad alterum colliſionis membrum, ſi ſcilicet inſtrumenta inter ſe collidentia ab *vtraque parte* proferantur, tunc fere eisdem regulis vtimur, quæ adductæ ſunt in *Cap. 1.* de colliſione *teſtium* inter ſe. Sed tamen varias ſolent adducere coniecturas, ex quibus alterum alteri præferri debeat.

An hic ad dignitatem Notarii reſpiciendum ſit.

Sic I) volunt, inſtrumentum *a digniori Notario* conditum præferendum eſſe, ALEX. *conſ. 190. n. 17.* ſed quis ſit dignior Notarius, non conſtat. Si hoc ipſum ex diuitiis et ex aliis honoribus, quos poſſidet, æſtimandum ſit, tunc illa recurrunt dubia, quæ *capite I.* circa teſtes mota ſunt. Si autem quæſtio de Notario ſit, qui maiore fide præ altero pollet, ideo quod hic ſatis de falſo ſuſpectus ſit ex moribus deperditis, poſſum concedere, hoc aliquid operari ad infringendam fidem inſtrumenti ab eo conſcripti, vt vel alia adhuc adminicula accedere debeant.

§. XI.

§. XI. Hoc vero II) facilius concedimus, si instrumen- *Quod si alterum sit publicum, alterum priuatum.*
sint inæqualis roboris, præferendum esse, ceteris paribus,
ud quod *maiori fide* pollet. Atque hac ratione publicis
ocumentis qui nititur, contra eum probabit, qui priuatis
ltim ad suam intentionem fundandam vtitur scripturis,
TRENTACINQ. *lib. 2. var. resolut. resol. 5. n. 11.* Possunt ta-
en aliunde priuatæ scripturæ adminicula maxima accedere;
æqualem vim cum instrumento publico habeat, nec hoc
solute eisdem præferatur, veluti si testes adiunctos ha-
eat, qui interfuerunt instrumento priuato et actui, sic e-
m idem valebit ac instrumentum publicum, quin quod
pe hoc casu per testes instrumentum publicum falsitatis
onuinci possit, iuxta dicta in *capite anteced.* id quod si fie-
non possit, æqualis vtrique instrumento vis adscribenda,
tunc iudicandum secundum illa, quæ *§. seq.* dicentur.

§. XII. Quando vero instrumenta sunt æqualis roboris, *Respiciendum ad causam fauorabiliorem.*
orro III) respiciendum ad ipsam causam. Quemadmodum
nim *cap. 1.* diximus, pro causa fauorabili esse pronuncian-
um in casibus dubiis, idem quoque hic maxime applican-
um erit, vt pro illo instrumento iudicetur, quod causæ fa-
orabili fauet, veluti piæ causæ etc. TRENTACINQ. *cit. l. n. 6.*
c cum iura magis faueant liberationibus quam obligationi-
us *l. Arrianus 47. ff. de Obl. et A.* magis quoque in huius-
odi conflictu pro illo instrumento pronunciandum, quod
uet liberationi SOCIN. *vol. 2. cons. 277. n. 21.* ALEX. *vol. 6.*
ns. 190. n. 14.

§. XIII. Si hæc circumstantia deficit, IV) fides haben- *Praeterea ad verosimilia attendendum.*
a est illi documento, quod *verosimiliora* continet, quem-
modum idem arbitrium iudicis requisiuimus in collisione
testium

testium inter se, quorsum spectat *l. optimam 14. C. de contrab. et committ. stipul.* et ita in subsidium assumendæ illæ circumstantiæ, de quibus *C. 1. in f.* dictum, sed plus hic valet iudicis prudentis iudicium limatum, quam multæ regulæ iudici, iudicio carenti, præscriptæ. Possumus hic in exemplum adsumere *l. Sempronius 47. ff. de leg. 2.* vbi casus est talis: Binæ tabulæ eodem tempore scriptæ erant, sed inter se repugnantes, in alteris centum in alteris quinquaginta Titio legati sunt. Legatarius petebat centum ex vnis tabulis, heres tantum se quinquaginta soluere obligatum esse dicebat, et hunc in finem alteras producebat tabulas. Erat ergo collisio inter ambas tabulas, et inde quæstio exsurgebat, quibus tabulis potius insistendum? respondet ICtus magis heredi parcendum esse, vt tantum quinquaginta legatarius petere possit, cum in dubio præsumatur defunctus voluisse heredem minus grauare; qua præsumtione cum adiuuentur tabulæ ab herede productæ, illis standum. Semper enim illud documentum, quod maioribus adminiculis iuuatur, præfertur. ALEX. *vol. 6. consf. 190. n. 22.* BALDVS *in l. 14. C. de fide instr. n. 12.* Huc etiam pertinet, quando alterum ex variis adductis coniecturis suspectum factum est, quæ aliquando ad fidem tollendam proficiunt. IAC. BORN. *de instr. P. 2. cap. 6.*

Tandem contra eum qui probare debet in dubio pronunciandum.

§. XIV. Denique quando V) nec apparet, quale instrumentum vero proximiora contineat, merito contra eum iudicandum, qui *probare debuit.* Neque enim probare dici potest, qui æqualiter cum aduersario probauit, cum ipsum in probando vincere debeat, ceu in *cap. 1. in f.* dictum. Atque adeo si actor probare debuit, reus absoluendus, si vero huic probatio incumbit, pro actore merito pronunciandum. Vtut enim alias regula sit, in dubio absoluendum esse reum,

im, tamen hoc suo modo etiam ad actorem recte applica-
r, quando reus excipiendo fit actor, *l. 1. ff. de except.* ve-
ti si compensationem opponat, et debitum fateatur, sic e-
n dum hanc exceptionem probare debet, quasi actoris vi-
m subit, contra cuius probationem actor replicando se de-
ndit, et dum pro eo pronunciatur, liberatur ab opposita
etensione aduersarii PAVL. DE CASTRO in *l. 14. C. de fid. in-*
um. in f. TRENTACINQ. *cit. l. n. 8. et 10.* BOER. *Decis. 52. n. 9.*

§. XV. Superesset, quibusdam exemplis regulas tradi- *Conclusio.*
illustrare: sed cum id quidem per temporis angustias a-
sque occupationes non liceat, sufficiet, præcepta hic tra-
lisse. Iudicio vbique opus, quo deficiente sæpe in appli-
ione errabitur. Neque hi, qui accurato iudicio omnia
terant, exemplis indigent, sicuti parum illis profecerint,
i eo destituuntur.

EXERCITATIO LXVI.

AD LIB. XXII. PAND. TIT. II.

DE

COLLISIONE PRAESVM-TIONVM

CAP. I.

DE

SENSV RVBRICAE GENVINO.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti ratio. II. Collisio quid? III. Præsumtionis ratio. IV. Formulæ, quibus in iure indicatur. V. VI.

testium inter se, quorsum spectat *l. optimam 14. C. de contrab. et committ. stipul.* et ita in subsidium assumendæ illæ circumstantiæ, de quibus *C. 1. in f.* dictum, sed plus hic valet iudicis prudentis iudicium limatum, quam multæ regulæ iudici, iudicio carenti, præscriptæ. Possumus hic in exemplum adsumere *l. Sempronius 47. ff. de leg. 2.* vbi casus est talis: Binæ tabulæ eodem tempore scriptæ erant, sed inter se repugnantes, in alteris centum in alteris quinquaginta Titio legati sunt. Legatarius petebat centum ex vnis tabulis, heres tantum se quinquaginta soluere obligatum esse dicebat, et hunc in finem alteras producebat tabulas. Erat ergo collisio inter ambas tabulas, et inde quæstio exsurgebat, quibus tabulis potius insistendum? respondet ICtus magis heredi parcendum esse, vt tantum quinquaginta legatarius petere possit, cum in dubio præsumatur defunctus voluisse heredem minus grauare; qua præsumtione cum adiuuentur tabulæ ab herede productæ, illis standum. Semper enim illud documentum, quod maioribus adminiculis iuuatur, præfertur. ALEX. *vol. 6. consf. 190. n. 22.* BALDVS *in l. 14. C. de fide instr. n. 12.* Huc etiam pertinet, quando alterum ex variis adductis coniecturis suspectum factum est, quæ aliquando ad fidem tollendam proficiunt. IAC. BORN. *de instr. P. 2. cap. 6.*

Tandem contra eum qui probare debet in dubio pronunciandum.

§. XIV. Denique quando V) nec apparet, quale instrumentum vero proximiora contineat, merito contra eum iudicandum, qui *probare debuit.* Neque enim probare dici potest, qui æqualiter cum aduersario probauit, cum ipsum in probando vincere debeat, ceu in *cap. 1. in f.* dictum. Atque adeo si actor probare debuit, reus absoluendus, si vero huic probatio incumbit, pro actore merito pronunciandum. Vtut enim alias regula sit, in dubio absoluendum esse reum,

reum, tamen hoc ſuo modo etiam ad actorem recte applicatur, quando reus excipiendo fit actor, *l. 1. ff. de except.* veluti ſi compenſationem opponat, et debitum fateatur, ſic enim dum hanc exceptionem probare debet, quaſi actoris vicem ſubit, contra cuius probationem actor replicando ſe defendit, et dum pro eo pronunciatur, liberatur ab oppoſita prætenſione aduerſarii PAVL. DE CASTRO in *l. 14. C. de fid. inſtrum. in f.* TRENTACINQ. *cit. l. n. 8. et 10.* BOER. *Deciſ. 52. n. 9.*

§. XV. Supereſſet, quibusdam exemplis regulas traditas illuſtrare: ſed cum id quidem per temporis anguſtias aliasque occupationes non liceat, ſufficiet, præcepta hic tradidiſſe. Iudicio vbique opus, quo deficiente ſæpe in applicatione errabitur. Neque hi, qui accurato iudicio omnia poterant, exemplis indigent, ſicuti parum illis profecerint, qui eo deſtituuntur. *Concluſio.*

EXERCITATIO LXVI.

AD LIB. XXII. PAND. TIT. II.

DE COLLISIONE PRAESVMTIONVM

CAP. I.

DE SENSV RVBRICAE GENVINO.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti ratio. II. Colliſio quid? III. Præſumtionis ratio. IV. Formulæ, quibus in iure indicatur. V. VI. Præ-

Præsumtio iuris et de iure male huc refertur. VII. Præsumtio violenta quid? VIII. Requisita præsumtionis iuris. IX. An sola approbatione legis imitatur? X. Distinctio inter præsumtionem iuris simplicem et qualificatam. XI-XVIII. Differentiæ inter præsumtionem iuris et interpretationem. XIX. XX. Collisio præsumtionum quid? XXI. Eius effectus.

§. I.

Multum vtilitatis latitat in accurata probatione.

Quemadmodum nulla lis vel controuersia, quæ in iudiciis instituitur, sententiæ iudiciali statim subiicitur, sed obseruato prius iuris ordine ibidem est procedendum, *l. prolatam 4. C. de Edendo;* ita quilibet sole clarius animaduertet, magnam esse vtilitatem, sedulo et probe excutere methodum probandi. Quam enim necesse sit, vt fundamentum intentionis sufficienter probetur, multi grauissimo damno experti sunt, quibus non ius, vt aiunt, sæpius tamen probatio defuit, *l. 30. ff. de Testam. tut.* Hinc eo maiori cura, qui aliquando felicem progressum in praxi facere desiderat, quæ ad probationum materiam spectant, sedulo euoluere et manibus terrere, vt loquuntur, debet. Huius autem Doctores communiter duas præcipuas constituerunt species; diuidentes eam in *Inartificialem*, quæ per simplices ac naturales modos perficitur, per testes ex. gr. instrumenta, confessionem etc. et hinc *directa*, vera et propria dicitur; et *artificialem*, quæ tota in artificiosa inuentione et deductione consistit, fitque in rebus dubiis, per probabilia signa ac argumenta ad instar alicuius syllogismi, vbi ex medio termino aliquid legitime infertur. DONELL. *de probat. c. 5.* STRVV. *Exerc. 28. th. 3.* et huius etiam loci esse præsumtionis materiam, vnanimiter Dd. statuunt, quippe quæ ali-

Præsumtionis materia ad Probationem spectat.

aliquando vel probationis inſtar eſt, vel adminicula probatione inſeruientia ſuggerit, vnde et in ff. ſub eodem titulo coniunguntur materia *probationis* et *præſumtionis*. Quamvis vero ſi ius noſtrum inſpicimus, varios præſumtionum gradus ibi deprehendamus, non tamen diuiſionem aliquam κατὰ τὸ ῥηθὲν ibi occurrere certum eſt; interim quoad rem ipſam diuiſionem in legibus latere, ſedulo indagatori iurium patebit. Vnde DD. varie illam diſpeſcunt; aliam nominant *iuris et de iure*, cuius potiſſimum κριτήριον in eo conſiſtere volunt, vt probationem contrariam non admittat, aliam vero *iuris*, quam lex pro veritate habet, donec contrarium probetur: aliam denique *hominis*, ſiue iudicis, quæ factum antecedens, ex quo iudex præſumtionem capere poſſit, requirit et probabiliter inde aliquid infert. Sicuti vero ex multis præſumtionibus coniunctis, vel vera ſiue plena, vel præſumtiua ſiue ſemiplena inducitur probatio, et vero contingere ſæpe poſſit, vt plures præſumtiones concurrant, ſiue circa idem factum, ſiue circa perſonas litigantes, adeoque vna præſumtio ſemper validior et fortior eſſe poſſit altera; ita in earum concurſu, quæ reliquis palmam auferant, diligenter deſpiciendum eſt, vt adeo crediderim, non inutilem fore de *colliſione præſumtionum* disquiſitionem. Idem Thema quidem iam ante pertractarunt viri alias in iure celeberrimi, vt MENOCHIVS *de præſumtionibus*, ALCIATVS *de Præſumt.* PACIANVS *de Probationibus*, MASCARDVS et alii, qui tamen, ſi verum fateri licet, admodum confuſe et perfunctorie hanc materiam tradiderunt, magisque inuoluerunt, quam explicuerunt; Hinc nemo nobis vitio vertet, ſi non in omnibus eorum regulis inhæremus, ſed pro argumenti ratione ab ipſorum caſtris diſcedimus, et quid in horum regulis falſi vel veri lateat, fideliter indicamus.

DD. vulgata Diuiſio Præſumtionum.

Tranſitus ad propoſitum thema.

 §. II.

Explicatio vocis collisionis.

§. II. E re autem omnino erit, vt circa enodationem vocabulorum, in Rubro dissertationis positorum quadantenus simus solliciti, vt statum controuersiæ eo rectius formemus, ne Andabatarum more pugnare videamur. Offert vero se primo loco vocabulum *Collisio*, quod ab effectu in iure etiam pro fracto et incuruato sumitur; nam ita VLPIAN. in *l. 2. §. 3. ff. de Auro, argent. mundo leg.* dicit: *Cui aurum et argentum factum legatum est, si fractum et collisum sit, non continetur*, quo in sensu etiam occurrit *in l. labeo 14. §. 1. ff. de verb. sign.* ibi: *veluti scyphi collisi.* Proprie itaque denotat duorum corporum solidiorum adeo grauem concursum, vt necessario vnum alteri locum relinquere debeat. Nos quamuis præsumtiones et iudicia ad corporales res nolimus transferre, metaphorica tamen hoc loquendi formula merito vtimur, præsertim cum etiam in vita communi hac phrasi vtantur de iis, quorum animi odiis et discordiis mutuis aguntur. Tunc enim dicere solent: Sie haben sich sehr collidiret. Neque hanc loquendi rationem a Stylo iuridico esse alienam vel inde patet, quod adeo celebres Doctores hac in re præiuerint; instar omnium iam sit Dn. IO. NIC. HERTIVS, famigeratissimus Giessensis Antecessor, qui edisseruit de *Collisione Legum.* Alii idem thema aliis loquendi verbis excusserunt, vt PAVLVS VOETIVS, de concursu Statutorum, CHRISTIANVS RODENBVRG, *de Iure, quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discrepantium conflictu:* Quo etiam referri meretur THOMASII dissertatio, quam *Morum cum iure Scripto contentionem* inscribit, et quamuis tantum de comparatione inter leges scriptas et mores fuerit sollicitus, exemplis tamen ostendit, leges moribus cessisse. *§. 53. et 55.*

§. III.

§. III. Verum de collisione horum iurium iam parum sumus solliciti: Rubrica enim docet, nos vnice agere de collisione et conflictu *præsumtionum discrepantium.* Hinc cum vox hæc satis ambigua sit, ipsam rem ex genuinis principiis euoluere lubet. Videndum itaque ante omnia; quid vox *præsumtionis* proprie denotet: Videlicet aliquid dicitur præsumi, quando varii ac dubii casus vel sententiæ concurrunt, et ex istis magis probabilem præferimus, ad fidem faciendam. Eatenus enim præsumtionem hic consideramus, quatenus iudici exinde fides de re dubia fieri debet. Quamvis enim præsumtiones coniecturis probabilibus nitantur; adeoque inde fides deduci non posse videatur, ostendit tamen THOMASIVS *disp. de Fide iuridica* omnem fere fidem iuridicam vltimo se resoluere in probabilitatem, gradibus discrepantem. Ita communiter, vt iam dictum, præsumtionem considerant, vt si legibus confirmetur, specialiter *iuris*, si vero a iudice absque adminiculo legis id peragatur, *hominis* eam appellent. Et hæc verisimilitudo oritur ex factis hominum, prout communiter inter homines fieri solet, quamuis aliquando sed rarius, fallat, vid. STRYK *in not. ad Lauterbach. Compend. lib. 22. tit. 3. voc. ex variis circumstantiis.* Vnde etiam præsumtio minuitur vel crescit, quatenus illud, ex quo ducitur, plures vel pauciores admittit exceptiones: exemplo nobis esse poterit præsumtio pro virginitate, pro qua tam diu præsumitur, donec contrarium fuerit probatum, nam licet accidere possit, vt status primæuus hic nonnunquam ex accidenti immutetur, factum tamen illud, quoniam non communiter fit, est minus verisimile. Sic in iure feudali præsumtio est pro allodio, quia pleraque bona immobilia iure pleni dominii possidentur, quamuis si territoria Statuum Imperii considerem; magis præsumendum

Præsumtio quid?

Vnde præsumtio oriatur?

ſit, quod ſint feudalia, quia pleraque territoria talia ſunt; Idem iudicium eſto de aliis exemplis. Ceterum et aliæ huius vocis ſignificationes ſunt, quas ſedulo excuſſit BRISSONIVS *de V. ſign. ſub voce præſumere.*

Vnde in iure cognoſcatur præſumtio.

§. IV. Hanc præſumtionem ex eius appellatione poſſe cognoſci, nullum eſt dubium, verbo tamen illi ita præciſe non inhærendum eſt, cum etiam præſumtiones ex variis aliis ſignificationibus cognoſci poſſint in legibus Romanis. Sic vocabulum *videtur*, ſi ſubſtrata materia id permittat, præſumtionem iuris denotat vid. *l. 7. ff. de Adminiſtr. Tut.* quin etiam vox *intelligitur l. 40. de Hered. inſtit. l. 3. Cod. eod.* quorſum et refero verbum *creditur l. 8. ff. de iure Codicill.* et quando *exiſtimo* et *æſtimo* ponitur *l. 7. d. in integr. reſtit.* præſumtionis etiam indicium eſt; ſic etiam quando voce *coniecturam facimus*, legimus *l. vn. ff. ſi tab. teſt. nullæ extab.* et quando legislator *arbitratur* præſumſiſſe intelligitur. *l. 7. ff. depoſiti.* et quando aliquid dicitur *veriſimile*, pro illo præſumi debere docet *l. 7. de Adminiſtr. Tut. eſſe credendas:* dicitur *in l. 14. Cod. de Contrab. ſtip.*

Quid præſumtio iuris et de iure.

§. V. Hæc vero eſt communis DD. cantilena, omnium præſumtionem fortiſſimam eſſe *iuris et de iure*, cui adeo omnes in colliſione cedere debeant, vt nec in contrarium vlla probatio admittatur vid. MENOCHIVS *lib. 1. de Præſ. qu. 3. n. 17.* PACIANVS de Probat. *l. 1. c. 11. num. 2.* LAVTERBACH. *in Compend. iuris tit. de Probat. et præſ.* vt ſententiam ſuam confirment, allegari exempli loco conſueuerunt *l. 34. Cod. ad L. Iul. de Adulter.* quæ de illis, qui prius accuſati de Adulterio, propter ſanguinis proximitatem autem accuſationem intentatam depulerunt, poſtea vero matrimonium contrahant, ad-

ce

eo præſumit adulterium antea ab illis eſſe commiſſum, vt veluti in conuictos facinus confeſſosque procedendum ſit, et per conſequens probatio in contrarium excludatur. Huc etiam referunt caſum ex *cap. 30. X. de ſponſal.* vbi agitur de ſponſalibus de futuro, copula carnali ſubſecuta, confirmatis, vnde oriri ait Pontifex, præſumtum matrimonium, contra præſumtionem tamen huiusmodi non admittendam eſſe probationem in contrarium. Idem inculcatur in *cap. 6. X. de condit. appoſ.* vbi et illa ratio additur, quod, qui illam, quam ſub conditione ſibi deſponſauerat, carnaliter agnoſcit, videatur, ſeu præſumatur a conditione illa receſſiſſe, vt nec probatio in contrarium amittatur. Aliud exemplum deducunt ex *l. 23. Cod. ad SCtum Vellei.* de muliere intercedente pro alio, et in Inſtrumento publice confecto, et a tribus teſtibus conſignato, profitente ſeſe aliquid accepiſſe, et ſic ad interceſſionem veniſſe, vbi volunt legem non ſolum præſumi, quod in vtilitatem propriam interceſſerit, ſed etiam diſponere, ipſam non amplius poſſe vti SCto Velleian. Sic etiam huc referunt, *l. Tutor qui repertorium 7. ff. de Adminiſtr. Tut.* et inprimis *c. afferte mihi X. de præſumt.* vbi refertur iudicium Salomonis Regis inter duas feminas litigantes inter ſe, cuiusnam eſſet filius viuus?

Reiicitur præſumtio iuris et de iure.

§. VI. Hæc ſunt quæ communiter a DD. pro ſtabilienda hac ſententia in medium producuntur: verum quam grauem errorem hi errauerint, egregie nuper oſtendit HENR. COCCEIVS *diſſert. de probatione directa negatiua, vbi §. 17.* dicit: *diſputant DD. ſed non conuenit inter eos, quid nomine præſumtionis iuris et de iure veniat; eſt enim illud a DD. confictum, veluti barbarum, certam ſignificationem non habet.* REINH. BACHOV. AB ECHT. *v. 2.* AC HIER. TREVTLER. *p. 2. diſp. 4. th.*

4. th. 10. lit. c.; et vulgo, nomine non ſatis congruo, præſumtio *iuris et de iure* appellari ſolet. Verum vtique eſt, hanc ſpeciem præſumtionem proprie non eſſe, cum hæc circa rem dubiam verſari, factumque nondum certum quodammodo in lucem ponere, et ex circumſtantiis veriſimilitudinem colligere debeat. *Præſumtio iuris et de iure* autem, quam vocant, ex ſignis plerumque certis et neceſſariis oritur, adeo vt lex de eiusmodi cauſa regulariter firmam ſanciat deciſionem; COCCEIVS *dict. diſp. §. 14.* Neque vero difficile eſt, oſtendere, vnde ille error communis ortus ſit; vel enim DD. verbis legum inhæſerunt, et, vbi vox præſumtionis occurrit, ſtatim illud de vera interpretati ſunt præſumtione: vel potius præſumtionem *violentam*, quæ tamen *iuris* eſt, et probationem in contrarium admittit, cum aliis caſibus, vbi lex ſtatim condemnat reum, confuderunt. Ad priorem claſſem refero, *c. 30. X. de ſponſal. c. 6. de Condit. appoſ.* ad poſteriorem *l. 7. de Adminiſtr. Tut:* quin, quod DD. vnanimiter aſſerunt, ſæpe adhuc admitti probationem in contrarium in hac præſumtione, vnde ea præſumtio iuris eſt, et non noua ſpecies.

§. VII. Quamuis vero in præſumtione iuris et de iure magis vera legis diſpoſitio contineatur, præſertim cum non admittat probationem in contrarium, quam ne vera quidem probatio excludit: Cocceius ſæpius dicta *differt. cap. III. §. 5. et 13.* interim tamen nullo modo negamus, dari *violentam iuris* præſumtionem, non diſtinguendam a præſumtione iuris. Hæc enim quamuis proxime accedat veritati, veritatem tamen nondum facit, ſed admittit probationem in contrarium, hoc tamen pro manifeſto κριτηρίῳ in iure habens, quod probationes contra eamdem debeant eſſe manifeſtiſſimæ

Quid ſit violenta præſumtio?

et

et ponderosæ. Cuiusmodi exemplum est *in l. 7. pr. ff. de Administr. Tutor.* vbi Tutoris dolus in commiſſione inuentarii præſumitur, niſi neceſſaria et iuſtiſſima cauſa v. gr. morbus ſonticus, allegari poſſit; item in *l. 14. C. d. Contrab. Stipul.* in qua diſponitur, pro omni inſtrumento eſſe præſumtionem violentam, et veritatis, et ſolennitatis, vt non aliæ quam manifeſtiſſimæ admitti poſſint probationes in contrarium; quo refero *l. ſi quod chirographum 24 ff. de Probat. l. non eſt veriſimile, 23. pr. quod metus cauſa* ibi: *ſed huiusmodi præſumtioni debet apertiſſimas probationes violentiæ opponere*, conf. *l. 28. §. 3. ff. de liberat. legat.* ibi: *præſumtio propter naturalem affectum facit, omnia patri videri conceſſa, niſi aliud feciſſe teſtatorem ab heredibus eius approbetur.* Huc facit quoque *lex 57. in fin. de Iure dot.* ibi: *præſumtionem ad filii debitum ſpectare veriſimile eſt, niſi euidentiſſime contrarium approbetur.* vt et *l. 6. ff. de Condict. cauſ. data cauſ. non ſecuta* ibi: *niſi forte euidentiſſimis probationibus mulier oſtenderit*, conf. *l. 15. ff. de Probat.*

Indagatur verus ſenſus diviſionis Præſumtionum.

§. VIII. Quibus ita ſuppoſitis, iam facilius genuinum ſenſum diſtinctionis inter præſumtionem *iuris* et *hominis* cognoſcere poſſumus. Primo videlicet aſſerimus, caſus illos, vbi lex aliquid abſolute in pœnam alterius definit et determinat, non poſſe referri ad materiam præſumtionum, quia reſpectu iudicis in pœnam alterius hoc pro vero et certo ſupponendum eſt: deinde caſus illos, vbi lex *grauiter* aliquid præſumit, eſſe veram et proprie dictam præſumtionem, quamuis violentam; et eo maiorem probationem in contrarium deſiderare. Et ex hoc *præſumtionem iuris* cognoſci arbitror; Videlicet tria puto hic requiri 1) vt lex aliquid præſumat ex certis coniecturis, 2) vt illud quod ex con-

Quanam requirantur ad præſumtionem iuris.

iecturis illis infert, pro vero interim habeat, et quasi ſupponat, quemadmodum Philoſophi ſua *poſtulata* habent. Vnde et præſumtio dicitur a voce *præ*, id eſt, *ante et ſumtio* quaſi *ante ſumtio*, quia ante legitimas probationes interim aliquid aſſumitur pro vero, MENOCHIVS *de Præſumt. Lib. 1. quæſt. 6. n. 4.* et eatenus ille, qui pro ſe habet præſumtionem iuris, dicitur habere fundatam intentionem vid. B. HEROLDVS, venerand. meus Parens *Obſeru. forenſ. 18. n. 29.* 3) Vt tamen lex, quæ onus probandi contrarium in aduerſarium reiicit, ſimul diſponat, hic admitti debere probationem in contrarium, quæ quatenus ipſa præſumtio legis, vel *grauis* eſt vel *leuis*, requirit vel *maiorem* vel *leuiorem* Probationem in contrarium. Abbas Panormit. *in c. 4. de Præſ. num. 2. verſ. quandoque tamen.*

Ex ſola legis approbatione non oritur ſtatim præſumtio iuris.

§. IX. Grauiter itaque meo iudicio falluntur, qui ſtatim omnem præſumtionem *iuris eſſe volunt*, quando lex illam approbat; illam vero præſumtionem *hominis* dicunt, quæ a lege non eſt ſpecialiter confirmata, quod tamen vbique fere facit Menochius. Omnis certe præſumtio debet eſſe legibus conformis, alioquin *temeraria* merito dicenda, vid. *l. 5. Cod. de Probat.* Non itaque maior auctoritas præſumtioni accedit ex eo, quod lex illam ex factis probabilibus deducat, et ita ſaltem iudicem inſtruat, qua ratione aliquid ex legitimis coniecturis inferre debeat. Nam ſi vel maxime hoc non eſſet legibus expreſſum, tamen coniecturæ tales nihilominus efficerent probationem aliquam. Imo cum is, qui iurisdictioni præeſt, ad ſimilia procedere debeat, *l. 12. de legibus*, omnis præſumtio, ex qua aliquid legitime infertur, eſſet dicenda iuris, quia licet vel maxime non diſertis verbis in legibus contineretur, ſufficere tamen

poſſet,

possent, quod legibus præeuntibus ita ad similes casus fieret extensio. Id ipsum bene explicuit IO. FRANCISCVS ANDREOLI *controv. forens. 104. in fin.* inquiens: *Distinguitur: aut lex habet huiusmodi præsumtionem pro vera, adeo vt faciat plenam probationem, tunc semper transfudit onus probandi in eum, contra quem stat præsumtio; aut lex tantum eam habet pro adiuuante veritatem, non pro fundante, tunc non sufficit ad transferendum onus probandi contrarium, sed solum confirmat probationem probantis minus plene.* Exemplis res fiet clarior; sic mendax in vno, in omnibus præsumitur mendax, communiter hæc præsumtio pro *iuris* præsumtione tantum affertur; sed male: leges etiam hanc præsumtionem ideo afferunt, vt tanquam adminiculum inseruiat, si quis falsitatem probare velit. Sic et præsumtio, quæ ex vita ante acta inducitur, itidem tantum adiuuat probationem, non vero transfert onus probandi in aduersarium. Sic communiter ex *l. 31. §. 21. ff. de Ædil. edict.* præsumtionem aliquam iuris efformant, hanc scilicet; malum præsumi, qui oriundus est ex tali natione, quæ magis infamis est. Ita ICtus *cit. l.* philosophatur: *præsumtum est, quosdam seruos bonos esse, quia natione non sunt infamata, quosdam malos videri, quia ex natione sunt, quæ magis infamis.* Verum meo iudicio absurde inde fieret conclusio, si quis contra aliquem, qui ex natione tali quodammodo infami est, ita inferret: Tu es ex natione infami v. c. tu es Cretensis, ergo mendax præsumeris, ergo debes probare contrarium, te esse bonum virum. Imo neque lex hic agit de probatione, sed quid circa emtionem seruorum seruandum sit ostendit; Ergo hæc præsumtio contra aliquem adduci potest tanquam adminiculum probationis, sed non vt præsumtio iuris.

Diuisio præsumtionis in qualificatam et simplicem.

§. X. Posset itaque meo iudicio præsumtio omnis ita diuidi vt vel *simplex sit* vel *qualificata et determinata.* Hæc est, quando lex non tantum quid præsumit, sed determinat etiam, illud interim pro vero habendum esse, donec probetur contrarium; quod iudex *in dubio* sequitur tanquam normam a lege præscriptam, sicuti alias probationes admittere debet a iure approbatas. *Illa* vero est quando aliquid ex legitimis coniecturis vel a lege vel ab homine infertur, sed absque tali determinatione, vt tantum adiumentum ei sit, qui probare debet. Vnde liquida datur inter hæc differentia: *Illa* liberat aliquem approbando: *hæc* vero eum qui probare debet, adiuuat: *illam* iudex sequitur in dubio: non vero *hanc*, nisi aliæ accesserint coniecturæ, ex vna enim aliqua coniectura, licet in legibus probata nemo potest statim, se probationi satisfecisse, asserere. *Illa* hactenus probationis instar est, non vero *hæc;* Qui *illam* pro se habet, nunquam vel raro ad iuramentum præstandum compelli potest, quia lex interim illam pro vero habet: Sed hæc facit aliquando locum iuramento purgatorio. *Illa* magis specialis est, *hæc* vero generalis. Fundamentum quoque vtriusque diuersum videtur; in eo conueniunt, quod vtraque in verisimilitudine fundetur: verum in præsumtione *iuris* vel qualificata adest fortior verisimilitudo, quam in *simplici*, quippe quæ plures admittit exceptiones. Vt rem contraham, non aliter præsumtio iuris haberi potest, quam ex legis declaratione, quæ vult onus probandi deuoluendum esse in aduersarium. Ergo vbi hæc declaratio legis probari et ostendi, siue directo siue per indirectum nequit, præsumtio tantum erit simplex.

Differentia inter vtramque speciem.

§. XI.

§. XI. Sufficere hæc poterunt pro declaratione ſenſus tituli huius diſputationis. Verum ne ſic quidem omnes ſcopuli eſſe remoti videntur, cum perluſtrando Dd. genuinum conceptum præſumtionis ita turbant, vt regulas interpretandi, ipſamque interpretationem etiam huc retulerint. Sed antequam ad genuina colliſionis fundamenta perueniamus, omnino hic error e medio remouendus, ne in ſequentibus nobis fraudi eſſe poſſit, quemadmodum Menochius vbique circa hanc materiam lapſus eſt. Origo forſan huius confuſionis exinde deriuanda eſt, quod genuinus conceptus interpretationis adeo inuoluatur a Dd. vt ſæpe interpretes per regulas ſuas rem non explicent, ſed peruertant. vid. Dn. Præſes *de interpret. aduerſus eum, qui clarius loqui deb.* Sed iam quidem manum de Tabula. Confero me potius ad MENOCHIVM, qui quidem *lib. 1. qu. 27. de Præſ.* examen inſtituere vult, *an præſumtio debeat dici interpretatio?* Cum autem conuenientias tantum conſiderauerit, de diſconuenientiis autem nullam curam impenderit, ingreditur eandem erroneam viam, in qua præceſſit ipſi Baldus, Camillus, Gallinus et ceteri ab ipſo *dict. qu.* laudati. Non quidem negari poteſt, in nonnullis conuenire interpretationem cum præſumtione iuris v. c. 1) quod quemadmodum interpretatio de caſu dubio fit, ſic præſumtio in non deciſo locum habeat, 2) quod vtraque ex probabilitate deduci debeat et oſtendendum, quid aliquis ſenſerit aut fecerit, 3) multum faciat vtraque ad rem probandam. Verum ex aliquot conuenientiis non ſtatim *identitas rei* deduci poteſt, in quo tamen DD. ſæpius impingunt.

Male confunditur interpretatio cum præſumtione.

Quatenus interpretatio conueniat cum præſumtione.

§. XII. ALCIATVS quidem in commentario ad *l. 30. ff. de Verb. Oblig.* non inique ſentit, eſſe aliquam differentiam

interpretationis a præſumtione ſtatuendam. Cum vero ibi litem propterea mouere non voluit, differentias quoque, quæ inter vtramque intercedunt, non notauit. Noſtrum itaque erit ad vitandos omnes ſcopulos, eas breuibus ſuppeditare. Quilibet vero qui modo leui oculo vtramque et interpretationem et præſumtionem *qualificatam ſeu iuris* aſpexerit, diiudicabit, in eo præcipuum latere diſcrimen, quod præſumtiones ex diuerſæ diſciplinæ regulis debeant peti. Legislatoris enim eſt, præſumtiones *determinare* eo, quem dixi, modo, quod interpreti minime competit. Hic vtitur regulis logicis, et mentem legislatoris hiſce ſubſidiis eruere ſatagit. Vnde quamuis Logica ſatis ſubminiſtret, qua ratione animus legislatoris bene ſit inueſtigandus, non poteſt tamen de præſumtionibus illis, quas lex facit, et determinat, aliter ſtatuere: licet vel maxime ex coniecturis aliis æque probabilibus quid inferre velit. Statur enim tamdiu præſumtioni iuris, præſertim *violentæ* ex legislatoris voluntate, donec contrarium liquidiſſime fuerit probatum. Inde circa has ſolius ICti officium verſatur, qui leges præſumentes applicat, et pro norma ſequitur: cum regulis interpretandi non ſolus ICtus, ſed alius quilibet in quauis diſciplina vtatur, v. c. Theologus, Medicus, Philoſophus. Hi certe præſumtiones *iuris* male in diſciplinis ſuis applicant, quia non eum in finem a legislatore ſunt determinatæ, vt inſtar regularum vniuerſalium eſſent, ſed tantum, vt *inſtar legis* deciſionibus cauſarum et controuerſiarum in vita ciuili occurrentium inſeruirent. Hinc nihil foret adſurdius, quam ſi Theologus vel Philoſophus vellet applicare illam regulam. *Quilibet præſumitur bonus;* cum illi contra ex indole corruptæ naturæ contrarium concludere debeant, eodem modo Medicus male ageret, ſi Diætam alicui præſcripturus, vellet applicare

Differentia prima.

Differentia ſecunda.

plicare illam regulam: *Naturalia inesse præsumuntur*, et sic etiam *sanitas*, adeoque omnis generis cibos et potus ipsi permittere; cum contra præsumere debeat, sanitatem non semper inesse, adeoque securius agat, si dehortetur cibos multos. Sic vbi *de vita partus* quæritur, ICti quidem est præsumere, partum fuisse viuum, sed non Medici, qui ex naturalibus causis de vita iudicare debet.

§. XIII. Solent quidem nonnumquam regulæ bonæ *interpretationis* legislatorem mouere ad hanc vel illam *præsumtionem* ita determinandam: Sic v. gr. præsumtionem, *nemo præsumitur committere absurdum*, facile eruere licet ex canone Logico, qui præcipit: *In interpretatione semper eo respiciendum, ne inducatur absurdum, vel contrarietas.* Sed hoc non est perpetuum; cum enim ius nostrum non sit sollicitum de casibus rarioribus, sed id potius respiciat, quod plerumque fit, *L. 3. sqq. ff. de LL.* hinc certum est, plures posse dari præsumtiones, quæ vnice ex legislatoris voluntate, remotis longe regulis interpretationis, in ius transierunt. Sic lex quemlibet præsumit bonum, ex qua regula interpretandi vero hæc præsumtio deduci potest? Porro lex non præsumit quæ facti sunt, non præsumit mutationem, et plura alia, quæ non ex regulis interpretandi, sed ex interna arte iuris deduci debent. Habent quidem omnes præsumtiones suas rationes, ex quibus probabilitatem aliquam deducunt; Sed illæ rationes sunt iuris, et rationes interpretationis non vbique hic sufficiunt; Vnde facile concedo legislatorem posse aliquid præsumere, vbi interpres debet profiteri, suum officium hic quiescere. Sic patre filio pubere simul mortuo, lex præsumit, vel potius statuit, patrem prius decessisse *l. 9. §. 4. ff. de reb. dub.* Idem quoque dicendum de casu, si quis

Differentia tertia.

quis institutus heres et fidei commisso grauatus sub conditione *si sine liberis decesserit*, et vero contingat, hæredem vna cum filio naufragio perire, indistincte præsumitur, ante patrem filium fuisse mortuum, vt fideicommissum habeat effectum *l. 7. §. 7. ff. ad SCtum Trebell.* Hic vero merito interpres legi hanc determinationem relinquit.

Differentia quarta.

§. XIV. Hoc tamen negari non potest, præsumtiones iuris egregia esse *adminicula*, quibus si interpres vtitur, probe in applicatione versatur, cum casus non dentur rari, qui ex supposita iuris præsumtione interpretationem accipiunt, veluti si scriptum sit, actum quasi aliquid esse, illud interpretandum, peractum esse omnibus solennitatibus adhibitis, *l. 14. C. de Contrab. et commit. stip.* quia nemo contra leges agere præsumitur vid. *§. fin. Inst. de Fideiuss. l. 30. ff. de Verb. Oblig. l. 34. §. pen. eod. l. 1. Cod. de Contrab. stipul.* Interim si rem accuratius pensitemus, non tam interpretatur, quin potius, quod ICti est, ius ad factum applicat, ergo præsumtiones firmant et corroborant interpretationem iam autem factam, vt iudex illam eo magis sequi teneatur.

Differentia quinta.

§. XV. Porro non est prætermittendum, quod hic notabilem constituat differentiam præsumtionis *effectus*: nam *legis præsumtio* adeo necessitat et adstringit iudicem, vt ab ista recedere non sit integrum, si euidentiores non fuerint allatæ probationes in contrarium. *Interpretatio* contra præter probabilitatem aliquam, quod scil. legislator ita voluisse videatur, nihil operatur; Adeoque illam sequi in re dubia non tenetur iudex, cum et ex aduerso alia interpretatio æque probabilis adferri possit, adeoque cum determinatio hic deficiat, plurimum hic committi solet iudicis circumspecti arbitrio,

arbitrio, et prudentiæ: quod arbitrium tamen cessat, in præsumtionibus a lege iam ante determinatis. Ex quo intelligitur, quod in re nimis obscura vel nimis clara interpretatio doctrinalis cesset, et Principis interpretationi locus relinquendus sit, quæ tunc ipsam legem facit, et probationem in contrarium non admittit. Ast præsumtio *qualificata* seu *iuris*, quamuis hactenus legem constituat, ne quidem talis interpretatio *authentica* dici commode potest, cum probationem in contrarium admittat, et in re dubia, (quia si verba sint clara præsumtio cessat, venerand. Dn. Parens B. HEROLDVS *Obseru. forens. 5. n. 34.*) interim aliquid pro vero supponat.

§. XVI. His demum non immerito addendum esse arbitror, quod præsumtio *iuris* sit dispositio legis et lex vtique nominari possit. Cum autem huius negotium in eo maxime versetur, vt dirigat actiones hominum et ita primario circa agenda occupata sit, et deinde quoque Iudicem aut ICtum instruat, quomodo prudenter leges seu ius latum ad casus in vita obuenientes applicare possit, illas tanquam leges in applicando sequitur, non longe disputans, vtrum hæc præsumtio satis congrua sit nec ne? Iudex enim qua talis, dum ius applicat, de iustitia eius non disputat, de hoc quippe non consultus: Ast regulas interpretandi recte in examen reuocat, nec sibi hic legem præscribi patitur, quoniam ex regulis rationis dependent. Neque enim legis est interpretationis regulas præscribere, quippe quæ ad intellectus operationem spectant, easdem tamen aliquando ita determinare potest, vt inde fiant præsumtiones *iuris*, sed sic non amplius sunt regulæ interpretandi, sed potius lex et obiectum ICti, non cuiuis interpreti proprium. Inde porro et illud fluit, legis

Sexta differentia.

gis esse præsumere; sed interpretatio *doctrinalis* vim legalem non habet, partim, quia nihil certe ponit, sed in probabilitate mera subsistit, partim quia ab hominibus *priuatis*, ad quos decisiua potestas non spectat, fluit. Breuiter: *lex præsumit: homines priuati interpretantur in qualibet doctrina.*

Præsumtio simplex magis conuenit cum interpretatione.

§. XVII. Ex quo iam illud fluit, præsumtionem *simplicem*, seu non determinatam magis conuenire cum interpretatione, vel potius præsumtionem tanquam effectum bonæ interpretationis considerari posse. Quodsi enim voluntatem alienam dubiam ex coniecturis probabilibus hoc vel illo modo interpreteris, præsumtio inde nascitur, alterum id etiam voluisse. Et hoc in legibus optime obseruatum esse reperio. Sic imperatores in *l. 14. C. de testam.* ita dispositionem vltimam defuncti interpretantur, vbi exheredationis et institutionis facta est mentio, vt non codicillus, sed testamentum factum sit. Regula enim interpretandi docet, pro substrata materia esse interpretationem faciendam: Iam autem testamento vnice proprium est, instituere et exheredare, non autem codicillis conuenit. Et ex hac interpretatione iam præsumtio nascitur, testatorem etiam non Codicillos, sed testamentum facere voluisse. Sed fallit certe MENOCH. *de Arbitr. Iudic. quæst. cas. 472. et de Præs. lib. 1. qu. 29. num. 4.* dum ex hac lege statim præsumtionem *iuris* seu *qualificatam* efformat, adeoque regulam generalem inde deducit, quod *illa præsumtio sit fortior, quæ a substantia prouenit, illa, quæ a solennitate descendit.* Neque enim legislatorum intentio fuit, hic præsumtionem determinare, sed tantum interpretari, et ad casum prolatum respondere decidendo. Exemplum aliud occurrit in *l. si seruus plur. 50. §. vlt. de leg. 1.* vbi quæritur de casu, si numerus *nummorum* legatus sit, nec appa-

appareat, quales sint legati, tunc ICtus respondet, voluntatem hanc dubiam interpretandam esse ex probabilibus coniecturis. *Ante omnia*, inquit, *ipsius patris famil. consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est, sed et mens patrisfamilias, et legatarii dignitas vel Charitas vel necessitudo, item earum quæ præcedunt vel quæ sequuntur, summarum scripta sunt spectanda.* Inepte itaque MENOCHIVS *de præs. lib. 1. quæst. 28.* inde conficit præsumtiones iuris, cum tantum ICtus suppeditet adminicula interpretandi voluntatem defuncti dubiam. Sic et de multis aliis exemplis, in materia legatorum occurrentibns idem formandum iudicium.

§. XVIII. Hæc itaque omnia in eum finem adduci fusius debuerunt, ne in eosdem scopulos incideremus, quos euitare Menochius non potuit, dum omnia hæc confusione improbanda magis obscurauerit, quam explicauerit. Vt enim *cap. vlt.* ostendemus, Regulæ in collisione præsumtionum ab ipso allatæ, pleræque ita sunt comparatæ, vt in hæc hactenus declarata principia impingant, dum quamlibet legis interpretationem vel præsumtionem statim pro præsumtione *qualificata* adsumit, quod tamen sedulo cauendum ei, qui ius ad factum rite applicare satagit. *Ratio cur hæc differentia allata.*

§. XIX. Hisce itaque præmissis iam facile patet, quid sit Collisio Præsumtionum. Videlicet est *concursus præsumtionum plurium discrepantium, in vnam eandemque causam ita comparatus, vt omnes ad factum oblatum applicari nequeant, sed reliquæ fortiori cedere debeant adeoque illud efficiens, vt iudex inquirere debeat, cui onus probandi et aliquando iuramentum suppletorium, vel purgatorium deferre et denique pronunciare in dubio debeat.* *Collisio præsumtionum quid?*

Explicatur definitio.

§. XX. Dixi esse *concursum* præsumtionum. Vnde vero hic concursus oriatur, *cap. sequente* explicabo. Addidi *plures præsumtiones*, et indistincte locutus sum; Primario quidem præsumtiones *qualificatæ* huc spectant, et proinde de illis *cap. seq.* primo loco agendum erit. Sed etiam aliæ præsumtiones *simplices* sæpe concurrere possunt, præsertim si lex harum mentionem faciat, adeoque etiam de illis regulas quasdam suppeditabo. Dixi porro *in vnum eundemque casum;* Concurrunt enim plures præsumtiones vel circa vnam *personam*, v. c. quod Titius non præsumatur delictum commisisse, et tamen præsumatur, quia est talis persona zu der man sich dergleichen Missethat versehen mag, vel circa actorem et Reum, v. c. quod pro Reo præsumatur, quia possidet; pro actore vero, quia prædium eiusdem liberum esse præsumitur.

Vtilitas triplex huius doctrinæ.

§. XXI. Simul vero in definitione adieci *effectum* collisionis, ex quo de vtilitate ingenti huius doctrinæ constare potest. Prima vtilitas eius in eo consistit, vt iudex scire possit, *cui onus probandi sit deferendum.* Si enim pro vtroque est præsumtio, incommodum foret vtrique onus probandi deferre, hinc cum semper in concursu fortius vincere debeat, vid. Venerand. Dn. Parens, B. HEROLDVS *in Obseru. practic. p. 124.* ita quoque, pro quo fortior est præsumtio, liberatur ab onere probandi, is vero, pro quo debilior, ad hoc onus adstringendus est. *Altera* vtilitas in eo consistit, pro quo iudex *in dubio*, h. e. si alter non probauerit contrarium, pronunciare debeat? Nam si pro vtroque est præsumtio *qualificata*, absurdum foret pro vtroque pronunciare: Ergo magis pro eo, qui fortiori nititur præsumtione, pronunciare debet. Et denique si præsumtiones *simplices* con,

currant-

currant, *tertia* vtilitas huius doctrinæ in eo consistit, vt iudex inde arbitrari possit, cui iuramentum suppletorium potius, quam purgatorium deferre debeat. Et denique in iudiciis *mixtis*, vbi vterque probare potest, scire expedit, pro quo potius pronunciare debeat: vt iam alias vtilitates breuitatis studio non attingam.

CAPVT II.
DE
GENVINIS FVNDAMENTIS IN COLLISIONE PRAESVMTIONVM OBSERVANDIS.

ARGVMENTVM.

I. Origo collisionis præsumtionum ex generaliori legis dispositione, multis exceptionibus obnoxia, II. ex diuersis præsumtionum gradibus, III. ex circumstantiarum varietate. IV, V. Imbecillior præsumtio cedere debet fortiori. VI. Vnde fortior sit æstimanda? VII. Generalis cedere debet specialiori. VIII. Generales præsumtiones, quod facta non præsumantur, IX. quod quilibet præsumatur bonus, X. quod naturalia inesse præsumantur, XI. quod mutatio non præsumatur, XII. quod semel malus semper præsumatur talis in eodem delicti genere. XIII. Quando generalis præsumtio speciali non cedat? XIV. In conflictu specialium præsumtionum inter se violenta præualet. XV. XVI. Violenta æstimatur ex maiori probabilitate et ex legis determinatione. XVII. De legis

legis dispositione in rebus dubiis XVIII. De collisione præsumtionum hominis inter se.

§. I.

Collisio omnis oritur (1) ex generalitate.

Haud raro collisionem Præsumtionum oriri, dictum est *Cap. anteced.* vnde vero originem ducat, de eo iam erit inquirendum. Obseruandum vero, quod nulla in omnibus disciplinis detur absoluta perfectio; et hinc quoque impossibile sit, vt leges de omnibus omnino casibus possint dari; *l. 3. 4. 8. ff. de LL.* sed contentus debeat esse earum indagator, si modo de iis, quæ vt plurimum fiunt, iustam inueniat decisionem; *l. 5. ff. eod.* Ex quo porro sequitur, vt, Regula nihilominus firma manente, sæpius admitti debeant exceptiones, propter generalitatem Legum, quas penitius considerare, prudentissimum a iuris autoribus factum dicitur in *l. 3. ff. si pars hered. pet.* Procedo autem ab hoc simili ad scopum propositum, monstraturus, quemadmodum leges suas habent exceptiones et limitationes, ita ex iisdem rationibus et *præsumtiones generales* admittere præsumtiones contrarias in casibus *specialioribus*, qui sub generali præsumtione comprehendi non potuerunt.

Declaratur exemplis.

Prioris exemplum exhibet lex illa generalis, quæ in omnibus vltimis Voluntatibus quinque ad minimum testes requirit; quod tamen speciali illo casu aliter dispositum inuenimus, vt quando testator fidei heredis sui committit, vt vel hereditatem vel aliud quid ex illa restituat, id valere debeat, etiamsi neque ex scriptura, neque ex numero quinque testium id possit manifestari, *§. fin. Inst. de Fideic. hered. l. vlt. C. eod.* Posterioris exemplum erit in præsumtione illa generali, quæ errorem prius quam donationem præsumit; quam tamen admittit in speciali causa *l. Procula 26. ff. de Probationibus*, vbi fideicommissaria non petiit fideicommissum a fratre,

tre, cum tamen ex aliis caussis et rationibus ipsi soluisset, vbi præsumitur remissio fideicommissi, quod ad alios quoque collaterales extendit BARBOSA *ad l. 34. n. 44. ff. solut. matrim.* RIMINALD. *l. 5. Cons. 493. n. 47.* Conf. HARPRECHT *P. 2. tract. eadem. 9. de tacito pacto fideic. remiss. ex diuis. bonor. præsumto.* Similes casus recenset BRVNNEMANN ad dictam *l. 26.* vbi nempe Pater mutuo dederat filiæ, et longum tempus intercesserat, filiaque postea patri mutuo dederat aliam summam, pater vero in posterioris obligationis instrumento nihil de debito dixerat, se autem arcte obligauerat ad restitutionem. Sic etiam in dubio generaliter mutatio non præsumitur *l. 22. ff. de Probat. l. 32. pr. ff. de Donat. inter Vir. et Vx.* ex variis tamen circumstantiis contrarium eliditur: si enim testamentum rescissum vel cancellatum reperiatur, mutatio præsumitur, STRVV. *in Iurisprudentia Lib. 3. tit 20. §. 4.* Plures casus legantur apud ALCIATVM *de præsumt. part. 3. Reg. 2. præs. 16.* HARPRECHT. *de tacito pacto fideic. ex diuis. bon. præs. §. 7. n. 4.*

§. II. Quemadmodum vero qui ICtum agere gestit, non scire tantum verba legis tenetur, sed rationem quoque illarum indagare *l. 17. de LL.* ita quoque in indagandis rationibus præsumtionum deprehendet, diuersos esse præsumtionum gradus, imbecilliorem aliam, aliam validiorem, ob rationum, quibus innixæ sunt, diuersa momenta. Ex quibus necessario euenit collisio; quia varii dantur rationum gradus et varia pondera earundem. Sic quædam leges respiciunt interesse publicum, quædam priuatum; illud vero huic semper esse præferendum, vel hoc exemplo potest probari; quod filius Patrem proditorem patriæ impune occidere possit; vt hoc casu quasi suspendatur respectus et honor, qui

Collisio (2) oritur ex rationum diuersis gradibus.

Exemplis declaratur.

qui Parentibus debetur, *v. l. 30. ff. de Religiof. et fumt. funer.* Sic alia lex eft: Nemo eft lædendus; cum vero Reipublicæ interfit, vt abbreuientur lites, nonnunquam conniuendum eft, quando alter alterum in contrahendo circumuenit *l. 16. ff. de Minor.* ibique BRVNNEM. *L. 2. Cod. de Refcind. E. et V.* Idem iudicium efto de præfumtionibus, quæ iisdem nituntur fundamentis, et omnes ex probabilitate aliqua rationes eruuntur. Cum autem probabilitatis varii dentur gradus, vna veritatem magis attingit, altera ab illa eft remotior et hinc eft quod collidant inter fe. Videlicet probabilitatis potiffimum tres poffunt conftitui gradus, quædam enim præfumtiones rariffime fallunt, et vix vnam aut alteram exceptionem admittunt; qualis eft præfumtio pro Teftamento, quod non mutatum creditur, excepto cafu, fi cancellatum penes teftatorem reperiatur. Quædam eiusdem funt naturæ, vt raro quidem fallant, exceptiones tamen non paucas naturaliter contingentes admittant, qualis eft præfumtio bonitatis. Quædam demum adeo fæpe fallunt et multas habent exceptiones, ita vt cafus exceptionum prope accedant ad cafus regulæ, ab his tamen aliquo modo fuperentur, cuiusmodi funt, quas Iudex ex circumftantiis variis plerumque facit, de quibus omnibus, quantam poffint facere fidem, videatur THOMASIVS *difp. de Fide iurid. cap. 1. §. 535-545.* vbi hos tres gradus egregie pro more fuo per varia illuftrat exempla.

Varii funt gradus Probabilitatis.

§. III. Deinde collifionem quoque operatur *circumftantiarum* confideratio, quæ cum dentur infinitæ, non minores quoque præfumtionum modi funt, vtpote quæ ob circumftantiam minimam totam caufam poffunt variare. Hinc poteft euenire, vt cum bona pro me militet præfumtio, contra cum de quadam forte circumftantia mihi non bene profpexerim, peffima

Collifio oritur ex circumftantiarum varietate.

peſſima in me detorqueatur. Sic nunquam præſumitur quis occiſor Caii, quia omnis præſumtio eſt delicti excluſiua: ſi vero cum gladio in loco delicti fuerit viſus, ſi conſtet de minis, item ſi in fugam ſe coniecerit, ſi ſit perſona ſuſpecta, de qua tale delictum præſumi poteſt, tunc omnino grauatur præſumtione contraria, et bona, quam prius pro ſe habuit, opinio euaneſcit, vid. *art. 25. 26. 33. Conſtit. Crim. Carol.* Huiusque farinæ eſt præſumtio bonitatis, quæ regulariter adulterium inter cognatos non credit: ſi tamen poſtea matrimonium contrahant, ex hoc facto aliam deciſionem inducit. Fluit quidem hæc Concluſio ex priori caſu in *§. anteced.* illuſtrata: illa tamen magis reſpicit præſumtiones *qualificatas*, hæc vero ſpecialiores ſimplices.

§. IV. Genuinis cauſis, ex quibus colliſio poſſit oriri, perluſtratis, ad Regulas progredimur, quæ inſtruant, quænam ſit illa, cui in conflictu iſto palma ſit relinquenda. Menochius, ea de re ſollicitus, innumeras fere conglomerat, quæ tamen, vti Vigelius dicit, obſcuritatis plus quam veritatis habent; hinc paucioribus contenti exemplis, quæ eo faciunt, rem demonſtrare annitemur. Si itaque Colliſio contingit ratione *legum* et vtrinque legi ſatisfieri nequeat, ſequens obtinere ſolet Regula: *Imbecillior lex cedere debet fortiori.* Ad inueſtigandas huius rei rationes admodum ſolliciti eſſe non adeo debemus; alioquin innumeras in iure contradictiones ſtatuere deberemus et antinomiarum aceruos; quod, quantum fieri poteſt, non admittendum. Accedit, quod plurimæ exceptiones in iure dentur, quæ cum nihil ſint aliud, quam ratio fortior, adeoque in Regula non contineantur, hæ omnes a Regula ſunt ſeparandæ; imo illud quoque inde eueniret, quod multæ res ſe nobis exhiberent,

Regula generalis in conflictu præſumtionum obſeruanda.

quæ euentu plane destituerentur, nisi collisionis ratio esset habenda. Sic propter tutelam corporis sui nemini facienda esset iniuria *l. 2. §. 27. de Vi et Vi armat.* non posset salua subsistere mutua inter homines cognatio *l. 3. de I. et I.* Si collisionem non admitteremus, non constaret, qua ratione minor posset vti suo priuilegio et femina SCto Vellei. si femina pro minore intercessisset, quod quatenus procedat, STRYK *disp. de Iure Priuileg. contra Priuilegiat.* abunde declarauit.

Applicatio Regula Generalis ad præsentem materiam.

§. V. Quæ regula, cum, vt dixi, in concursu legum et Priuilegiorum procedat: eadem omnino in præsumtionibus adhibenda est: cum quæ in legibus militat ratio, etiam in hac materia sit admittenda. Quam si reiiceremus, magna inde contradictio oriretur; imo nullæ essent exceptiones admittendæ, quas quotidie tamen admitti constat. Præterea si vbique vniuersale fundamentum vellemus ponere, incertitudinis caligo se nobis offerret. Neque vero exempla, quod validior præsumtio debiliorem vincat, admodum sunt rariora, sed passim in iure occurrunt. Liceat saltim hic speciminis loco afferre exemplum de seruitute itineris, si enim sæpius quis per alterius fundum iure seruitutis transierit, idque alter per aliquod temporis spatium passus fuerit, tandem vero Domino contradixerit eunti, re ad litem deducta, ex quasi possessione oritur pro illo præsumtio quædam. Vnde accidit, vt duplex hic concurrat præsumtio, altera pro possessore, altera pro libertate, dum autem hæc fortior, nobilior et præstantior est, hinc maiorem facit fidem, quam quæ in mutatione prioris status fundamentum quærit, ceu pluribus infra ostendendum.

§. VI.

§. VI. Cauendum tamen hic omnino, ne incertis vagemur iurium fundamentis more Menochiano; qui absque sufficienti ratione sæpe ingeminat illud: *hæc præsumtio fortior est, ergo illi standum.* Inde enim factum, vt sæpius debilem pro fortiori, fortiorem pro debili habuerit. Videndum itaque, vnde possit cognosci, quæ sit fortior, quæ debilior. Huius rei κριτήριον meo quidem iudicio in eo ponendum est, vt respiciamus ipsas causas, vnde oriatur collisio, *ex quibus enim oritur Collisio, ex iisdem etiam facile cognoscitur, quæ sit fortior.* Causæ rerum ostendunt diuersos effectus, et cum omnia determinanda sint a fine, ob quem fiunt *arg. l. 16. §. 2. ff. de Pœnis.* ideo validum ex hoc ducitur argumentum. Itaque ex vera cuiuscunque rei origine rationes indagantur, ad res dubias discutiendas idoneæ.

Vnde regulæ speciales in collisione sint petenda.

§. VII. Primaria causa ex eo sumenda; quod leges loquantur de iis, quæ vt plurimum fiant, ideoque vt plurimum generales sint. Cum vero ita necessario dentur quoque exceptiones, quæ tantum de singularibus casibus disponunt, leges quoque plures specialiores subnatæ sunt, ex quibus lex generalis limitanda, et illis omnino cedere debet. Quibus suppositis firma potest duci Regula: GENERALIS PRAESVMTIO IVRIS CEDERE DEBET SPECIALIORI IVRIS. Ratio eius ex dictis apparet, quia specialior cum sit exceptio et limitatio, merito quoque illi in concursu præ generaliori standum. Inter præsumtiones Iuris generales sequentes referuntur. 1) Quæ facti sunt, non præsumi *l. 12. ff. de Postlim. reuers. l. 19. Cod. de Testam.* MASCARD. *concl.* 732. et MENOCH. *lib. 6. pag. 14.* 2) Quemlibet præsumi bonum, quod deducunt *ex cap. vlt. de Præsumt. l. 51. ff. pro Socio, l. quoties 18. §. 1. ff. de prob. et præs.* MASCARD. *Conclus.* 222.

Prima regula: præsumtio generalis cedit specialiori.

ALCIAT. *reg. 3. præſ. 2.* MENOCH. *l. 5. præſ. 1.* FARINAC. *de Indiciis et tortura lib. 1. tit. 5. quæſt. 49.* Idem 3) Naturalia ineſſe præſumi, SICHARD. *in l. ſiue poſſidetus 16. num. 12. et ſeqq. Cod. de Probat.* 4) Mutationes non præſumi, MENOCH. *Lib. 6. præſ. 25. n. 3.* 5) Malum ſemel, ſemper præſumi talem, ALCIAT. *reg. 2. præſ. 7.* MENOCH. *lib. 5. præſ. 32.* HORN. *Speciali Diſſ. de ſemel malo.*

Prima præſumtio generalis, quæ facti ſunt non præſumuntur.

§. VIII. Has regulas ſingulatim iam perluſtrare operæ pretium eſſe reor. Prima fuit: *Quæ facti ſunt, non præſumuntur*, cum ergo donatio in facto conſiſtat, merito non præſumitur. Hoc ita vt plurimum obtinet: aliquando enim in ſpeciali caſu contrarium præſumendum. Sic pater ex paterno affectu, vel mater et auia ex pietate naturali, liberis aliquid ſubminiſtrando, id donaſſe præſumitur. *l. Neſennius Apollinaris 34. ff. et l. ſi paterno affectu 15. C. de Negot. geſt.* GABRIEL. *lib. 1. de præſumt. concluſ. 1. n. 33.* quo etiam pertinet, ſi quis ſciens ſoluerit indebitum, id enim donaſſe præſumitur *l. 35. de R. I. l. 1. §. 1. l. 24. l. 26. §. 3. l. 62. de condict. in deb. l. 9. C. eod.* MENOCH. *lib. 3. p. 31. in pr. num. 6.* Solutio itidem facti eſt, hinc non præſumitur regulariter: præſumitur tamen ſi chirographum fuit redditum *l. 14. et 15. Cod. de ſolut.* Eodem modo quando creditor diſtulit multos annos petere creditum, ſolutio præſumenda, qui enim tempore liberatur, ſimilis eſt ei, qui ſatisfecit *l. ſi pupillus 45. ff. de Adminiſtr. tut.* Inde porro ſequitur, debitum, quia facti eſt, non præſumi: varias tamen iterum admittit contrarias præſumtiones; nam aliter præſumendum erit, ſi quis longo tempore vſuras annales præſtitiſſet *l. 6. §. 2. de vſur. l. rogaſti §. 1. ff. de Rebus Cred. l. ſoluere 7. Cod. de Nouat.* ZOES. *ad tit. de vſur. n. 36.* MEV. *p. 2. dec. 241. et dec. 318. dec. 362.*

362. idem *p. 3. dec. 229. n. 22.* Et sufficit aliquando Quinquennium *arg. l. 1. §. 13. ff. de separat.* aliquando verbo brevius spacium sufficere potest, pro ratione materiæ et aliarum circumstantiarum, qualis species reperitur in *l. 1. Cod. de Fideicomm.* vbi per triennium facta solutio et præstatio alimentorum inducit præsumtionem pro obligatione. Hinc porro infertur, si renunciatio SCti Vellei. est facti, vti est, non præsumitur; si vero Mulier perfectæ ætatis post biennale tempus pro eadem causa fecerit cautionem, præsumitur renunciatio, et sic sibi debet imputare, quod illud commiserit, quod sæpius poterat cogitare *l. 22. Cod. ad SCtum Vell.* et MEV. *part. 6. dec. 299. n. 3.* Et quamuis factum non præsumatur, ideoque nec recognitio Instrumentorum, in contumaciam tamen si pars in termino non compareat etc. recognitio instrumentorum facta præsumitur vid. WILDVOGEL. *Disp. de Document. recognitione cap. 5. §. 3.* Denique aditionem hereditatis non posse præsumi ex eodem fundamento, statuit MENOCH. *lib. 4. præs. 99. n. 2. 3.* Illum tamen omnino pro hærede esse habendum, qui defuncti boni insistit, demonstrat idem MENOCH. *lib. 4. præs. 100. 101.* vid. GABRIEL. *l. 1. de præs. concl. n. 43.* adeoque hic aditio aliquando præsumitur.

§. IX. Quod ad alteram præsumtionem attinet, quod *quilibet præsumatur bonus*, illa admodum generalis est, ex eaque multas solent deriuare Dd. conclusiones. vid. STRYK. *Disp. de Præs. pro Magistr. c. 1. §. 10.* Si tamen consideramus priorem, quæ nulla facta præsumit, carere forte hac possemus, cum excludat delicta, quæ tanquam facta nunquam sunt præsumunda. Quoniam vero satis generalis est, nostrum erit, inquirere in illam, quatenus aliis specialioribus locum faciat. Oritur ex illa hæc conclusio: Pro magistratu,

Altera præsumtio generalis: quilibet præsumitur bonus.

ALCIAT. *reg. 3. præſ. 2.* MENOCH. *l. 5. præſ. 1.* FARINAC. *de Indiciis et tortura lib. 1. tit. 5. quæſt. 49.* Idem 3) Naturalia ineſſe præſumi, SICHARD. *in l. ſiue poſſidetus 16. num. 12. et ſeqq. Cod. de Probat.* 4) Mutationes non præſumi, MENOCH. *Lib. 6. præſ. 25. n. 3.* 5) Malum ſemel, ſemper præſumi talem, ALCIAT. *reg. 2. præſ. 7.* MENOCH. *lib. 5. præſ. 32.* HORN. *Speciali Diſſ. de ſemel malo.*

Prima præſumtio generalis, quæ facti ſunt non præſumuntur.

§. VIII. Has regulas ſingulatim iam perluſtrare operæ pretium eſſe reor. Prima fuit: *Quæ facti ſunt, non præſumuntur*, cum ergo donatio in facto conſiſtat, merito non præſumitur. Hoc ita vt plurimum obtinet: aliquando enim in ſpeciali caſu contrarium præſumendum. Sic pater ex paterno affectu, vel mater et auia ex pietate naturali, liberis aliquid ſubminiſtrando, id donaſſe præſumitur. *l. Neſennius Apollinaris 34. ff. et l. ſi paterno affectu 15. C. de Negot. geſt.* GABRIEL. *lib. 1. de præſumt. concluſ. 1. n. 33.* quo etiam pertinet, ſi quis ſciens ſoluerit indebitum, id enim donaſſe præſumitur *l. 35. de R. I. l. 1. §. 1. l. 24. l. 26. §. 3. l. 62. de condict. in deb. l. 9. C. eod.* MENOCH. *lib. 3. p. 31. in pr. num. 6.* Solutio itidem facti eſt, hinc non præſumitur regulariter: præſumitur tamen ſi chirographum fuit redditum *l. 14. et 15. Cod. de ſolut.* Eodem modo quando creditor diſtulit multos annos petere creditum, ſolutio præſumenda, qui enim tempore liberatur, ſimilis eſt ei, qui ſatisfecit *l. ſi pupillus 45. ff. de Adminiſtr. tut.* Inde porro ſequitur, debitum, quia facti eſt, non præſumi: varias tamen iterum admittit contrarias præſumtiones; nam aliter præſumendum erit, ſi quis longo tempore vſuras annales præſtitiſſet *l. 6. §. 2. de vſur. l. rogaſti §. 1. ff. de Rebus Cred. l. ſoluere 7. Cod. de Nouat.* ZOES. *ad tit. de vſur. n. 36.* MEV. *p. 2. dec. 241. et dec. 318. dec. 362.*

362. idem *p. 3. dec. 229. n. 22.* Et ſufficit aliquando Quinquennium *arg. l. 1. §. 13. ff. de ſeparat.* aliquando verbo brevius ſpacium ſufficere poteſt, pro ratione materiæ et aliarum circumſtantiarum, qualis ſpecies reperitur in *l. 1. Cod. de Fideicomm.* vbi per triennium facta ſolutio et præſtatio alimentorum inducit præſumtionem pro obligatione. Hinc porro infertur, ſi renunciatio SCti Vellei. eſt facti, vti eſt, non præſumitur; ſi vero Mulier perfectæ ætatis poſt biennale tempus pro eadem cauſa fecerit cautionem, præſumitur renunciatio, et ſic ſibi debet imputare, quod illud commiſerit, quod ſæpius poterat cogitare *l. 22. Cod. ad SCtum Vell.* et MEV. *part. 6. dec. 299. n. 3.* Et quamuis factum non præſumatur, ideoque nec recognitio Inſtrumentorum, in contumaciam tamen ſi pars in termino non compareat etc. recognitio inſtrumentorum facta præſumitur vid. WILDVOGEL. *Diſp. de Document. recognitione cap. 5. §. 3.* Denique aditionem hereditatis non poſſe præſumi ex eodem fundamento, ſtatuit MENOCH. *lib. 4. præſ. 99. n. 2. 3.* Illum tamen omnino pro hærede eſſe habendum, qui defuncti boni inſiſtit, demonſtrat idem MENOCH. *lib. 4. præſ. 100. 101.* vid. GABRIEL. *l. 1. de præſ. concl. n. 43.* adeoque hic aditio aliquando præſumitur.

Altera præſumtio generalis: quilibet præſumitur bonus.

§. IX. Quod ad alteram præſumtionem attinet, quod *quilibet præſumatur bonus*, illa admodum generalis eſt, ex eaque multas ſolent deriuare Dd. concluſiones. vid. STRYK. *Diſp. de Præſ. pro Magiſtr. c. 1. §. 10.* Si tamen conſideramus priorem, quæ nulla facta præſumit, carere forte hac poſſemus, cum excludat delicta, quæ tanquam facta nunquam ſunt præſumunda. Quoniam vero ſatis generalis eſt, noſtrum erit, inquirere in illam, quatenus aliis ſpecialioribus locum faciat. Oritur ex illa hæc concluſio: Pro magiſtratu,

 ſtratu,

ſtratu, quia vir bonus eſt, et iureiurando ſe adſtrinxit, optime debet præſumi. Nihilominus in *l. 46. ff. de Contrab. emt. l. 2. Cod. de Contract. Iudic.* notabilis contraria prauitatis et concuſſionis præſumtio occurrit, quæ priorem generalem adeo elidit, vt Præſes Prouinciæ eo tempore, quo Magiſtratum gerit, nullam emtionem mobilium aut immobilium poſſit celebrare, nec matrimonium contrahere, de quo fuſius legi meretur THOMASII *Diſp. de præſ. bonit.* Sic nec hodie extra acta iudici creditur, imo nec præſumitur pro Magiſtratu, ſi ſequeſtrationem velit ſuſcipere. vid. STRYK. *dict. diſp. de Præſ. pro magiſtr. cap. 3. §. 10.* vel ſi ſemel grauauerit, tunc enim ſemper in eadem cauſa grauans intelligitur *eod. §. loc. 12.* Sic etiam male audiunt in iure noſtro auiæ et matres, ad ſecunda vota tranſeuntes, adeo vt propter præſumtiones contra eas lex ipſis adimat tutelam *auth. Matri et Auiæ C. quando mul. tut. off.* et educationem ipſis ægre amplius committi patiatur, quia non ſolum res filiorum ſed et vitam vitricis addicere mulieres præſumuntur *l. C. vbi pup. educari deb.*. Quid? certum eſt, quod nemo præſumatur in agone conſtitutus mendacium dicere, quia nemo præſumitur ſalutis ſuæ immemor: et tamen matri aſſerenti in agone filium ſuum eſſe ex coitu damnato progenitum, non creditur in præiudicium filii *l. 29. §. 1. ff. de Probat.* Summa enim præſumtio pro legitimitate, quæ fundatur *in l. 6. ff. de bis qui ſui vel alieni iur. ſunt*, elidit præſumtionem priorem. Vnde etiam Dd. aſſerere ſolent *non omnem præſumi mori Iohannem Euangeliſtam.* MENOCH. *de offic. iud. lib. 2. cap. 89.*

Tertia generalis præſumtio: Naturalia ineſſe præſumuntur.

§. X. Confero itaque me ad tertiam, quæ ſub generalibus præſumtionibus comprehenditur. Videlicet: *Naturalia ineſſe præſumuntur*: quæ non minus eſt concluſio ex præ-

præsumtione generali prima, quia contrarium in facto consistit, adeoque non potest præsumi. Naturalium nomine illa veniunt, quæ tam natura in naturalibus, quam lex in actibus hominum desiderare solet, adeoque ordinarie rei inesse solent. Prioris exemplum occurrit in innata pietate parentum erga liberos, quæ adeo est naturalis, vt exinde fortis præsumtio fluat, patrem optimum capere consilium pro sobole *l. 22. §. 4. ff. ad L. Iul. de Adult.* sed tamen et hæc præsumtio quandoque eliditur; nam si agatur de exheredatione et exclusione liberorum a successione, aut pater ad secundas nuptias transeat, præsumtio pro Patre hic pedem figit, imo potius præsumitur, *maligne circa sanguinem suum inferre iudicium, nouercalibusque delinimentis instigationibusque corrumpi l. 4. ff. de Inoff. Test.* Inde originem duxisse arbitror, quod pro filii obseruantia et obedientia hoc casu præsumatur, adeoque heres causam exheredationis adiectam probare teneatur, eam scilicet esse veram *Nou. 115.* Sic quælibet præsumitur virgo; si vero existat casus, quo nudus cum nuda deprehendatur, eliditur illa naturalis præsumtio. *cap. literis X. de præsumt.* In contractibus omnia præmeditato et deliberato animo sunt peragenda, ideoque omnis excluditur præsumtio erroris: *l. 25. ff. de Probat.* ideoque in allegatione solutionis indebiti a muliere vel rustico facta error præsumitur. MENOCH. *l. 2. pr. 19. n. 12.* Quod de errore disposuit *l. all. 25.* idem quoque de *metu* iuris esse debere, nec eum vnquam præsumi vult *l. 2. et l. 9. C. quod metus causa* quia contra libertatem consensus est, imo etiam in facto consistit. Sed quando contrahere vult Medicus cum ægroto, ex metu consensisse præsumitur ægrotus, dum forsan iuste veretur, ne, si non consentiat Medicus, debitam operam non impendat. *l. 9. Cod. de Medic. et Profess.* vid.

vid. STRYK. *in not. ad Lauterb. de pactis, verb. pro salute.*

Quarta generalis præsumtio, quod mutatio non præsumatur.

§. XI. Præsumtio quarta generalis est QVOD MVTATIO NON PRAESVMATVR: huiusque proprium fundamentum quærunt Dd. *in l. 22. ff. de Probat. l. 32. pr. de Donat. inter Vir. et Vxor. l. 5. §. 1. ff. qui satisdare cog. l. 16. Cod. de Probat.* Sed et hæc est conclusio ex prima generali præsumtione, quia omnis mutatio factum aliquod supponit, quod non præsumitur. Interim ex hac, tanquam generaliori Regula, plures eruuntur conclusiones. Notabilis earum est, quod *semper præsumatur domicilium semel constitutum perpetuum;* quæ tamen opinio plures patitur limitationes. Eius mutationem præsumunt iura, si quis diu et assidue habitauerit in loco alio, ibique versatus fuerit. *l. 2. Cod. vbi Senat.* vid. MENOCH. *de arbitr. iudic. quæst. l. 2. cent. 1. c. 86. n. 11. etc.* Porro mutatio domicilii præsumitur, si quis maiorem partem bonorum habeat in illo loco, vbi per aliquod tempus vixit. *l. 2. Cod. vbi Pet. Tutor. et Cur.* ibi certe concurrunt generalis et specialis præsumtio, sed hæc tanquam fortior, vincit. Ex eodem fundamento fluit, quod si inter conductorem et locatorem conuenit, ne sub pœna certa conductor ex fundo pelleretur, vbi mutatio huius pacti non præsumitur: Sin vero conductor prædii biennii continui pensionem non soluerit, præsumit Paulus *in l. quæro 54. §. 1. ff. Locat.* quod verosimile sit, conuenisse partes, de expellendo altero absque omni metu, si non paruerit stipulationi. Huc etiam vulgo refertur a Dd. alius casus, vbi præsumtio pro immutabilitate denuo eliditur in *l. 8. Cod. de Reuoc. donat.* Videlicet si Patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, postea vero

ro susceperit liberos, leges præsumunt, *ob superuenientiam liberorum* ita ab initio donantis voluntatem esse restrictam, vt quicquid donatum est, reuocari possit. vid. TIRAQ. *de revoc. donat.* Sed si verum dissimulare nolo, hic non talis præsumtio, qualem hic supponimus, adest, sed ipsa legis dispositio. Simili modo pro Testamento firmissima est præsumtio, illud immutatum haud esse; sin autem apud testatorem ipsum post eiusdem mortem absque sigillis reperiatur, aut inscisum, consulto vltimam voluntatem mutasse testator præsumitur. vid. STRVV. *Iurisprud. for. lib. 2. tit. 20. §. 4.*

§. XII. Ex prædicta Regula iam noua producitur, quæ iure Pontificio approbata est, QVI SEMEL EST MALVS SEMPER PRÆSVMITVR TALIS IN EODEM GENERE DELICTI, *cap. 8. de reg. iur. in 6.* Nam sicuti quilibet actus continuatus vbique præsumitur, ita et qui in malitia semel deprehensus fuit, animum mutasse non videtur. Hoc tamen de hoc axiomate singulariter est notandum, quod non procedat, nisi *de eadem specie mala*, seu *de pari delicto* quæstio sit. Ita qui rixosus fuit et consueuit rixas excitare, contra hunc præsumtio est, eum autorem rixæ in homicidio commisso fuisse, siue ipse occisus sit, siue alium interfecerit, MASCARDVS *de Prob. vol. 1. conclus. 72. n. 14. et conclus. 118. n. 25. seqq.* Solent alias idem argumentum applicare, si *de simili delicto* quæratur, aut *maiori*, aut *minori*, de quibus argumentis euolue notas MÜLLERI ad STRVV. *lib. 22. tit. 3. §. 18.* et in specie ex hoc argumento DD. inferunt, Magiæ facinus execrandum, scelera nefanda quæuis, ceu vmbram corpus subsequi, adeo vt Magia indicium homicidii, adulterii, proditionis, Sodomiæ, Concubitus cum Diabolo præ se ferre credatur. SPEIDEL. *Notab. Iur. verb.* Hexen. CRVSIVS *de indi-*

Noua præsumtio generalis, qui semel malus semper præsumitur talis.

indiciis part. 2. c. 32. num. 70. Huiusmodi vero mala præsumtio quando collidatur cum contraria, vnica fere linea nos generaliter docet *Constit. Crim. Caroli V.* dicens: Daß der Inquisit müsse eine solche Person seyn, zu der man sich könne die Missethat versehen hoc enim casu præsumitur malus. Quid autem si quis e. gr. Magistratu nunquam functus, vel alio officio publico, antea vero forte aliquid abstulerit, an in hunc quæso cadit suspicio, quod in *l. Iul. repetund.* peccauerit? Certe quoniam hic postea in tanta dignitate constitutus, et ita persona eius a Principe approbata, in contrarium certe bona præsumtio pro ipso capienda. Sic qui semel hostis fuit, semper præsumitur talis, nisi reconciliatio intervenerit; tunc enim remissa hostilitas censetur. *§. 11. I. de excus. Tut.* quamuis alias regula prudentiæ sit, cauendum esse ab inimico reconciliato. IO. SAM. STRYK *in not. ad cit. §. verb. nec reconciliatio.* Sed tempora quoque distinguenda esse, si procedere debeat hæc præsumtio monet *Menochius*, et inde recte infert *Alciatus*, quod si Notarius damnatus sit propter instrumentum falso confectum, *præterita* eius instrumenta falsa non præsumi debeant. *de Præsumt. reg. 3. præs. 33.*

Præsumtio iuris generalis non cedit præsumtioni simplici.

§. XIII. Regulæ iam traditæ vltra *qualificatam* iuris præsumtionem non debent extendi, nam procedunt tantum, vt hactenus per exempla declaratum, in *probabilitate summa*, quæ scilicet proxime accedit veritati. Quod si vero de *simplici* quæstio formetur, cum gradu a priori differat, alia hic ponenda erit regula, et inuerso ordine dicendum: PRÆSVMTIO IVRIS GENERALIS NON SEMPER CEDIT SPECIALI SIMPLICI. Nam hoc generale est: *Regulæ generali tamdiu standum esse, donec probetur contrarium:* at cum præsumtiones simplices non probent, sed tantum suspicionem quan-

quandam inducant, non poſſet vinci præſumtio qualificata generalis a ſimplici ſpecialiori. Sed res vlteriori explicatione indigere videtur. Hactenus dictum eſt: *facta non præſumi, donec alter aliud probauerit.* Licet itaque quis per quasdam præſumtiones oſtenderit, Caium debere centum, non autem eiusdem liquidas attulerit probationes, ex eo non poteſt alter condemnari ad debitum ſoluendum, multominus ideo onus probandi contrarium ei imponi, quippe qui effectus præſumtioni iuris vnice tributus eſt, *vt c. 1. oſtenſum.* Hoc tamen certum, ſi præſumtiones *ſimplices* in contrarium tanti roboris ſunt, vt ſemiplena inde emergat probatio, eamdem per iuramentum *ſuppletorium* ſuppleri, vt perfecta inde probatio oriatur, prout iudicarunt ICti Roſtoch. anno 1700. M. Aug. in cauſa Vener. PARENTIS B. HEROLDI contra Dn. a SCH. Imo ſi præſumtiones non ſufficiunt ad ſemiplenam probationem inducendam, reum vero nimis grauant; aliquando ex facti circumſtantiis arbitrabitur iudex, annon reo imponi poſſit iuramentum *purgatorium.* Idem dicendum erit de illa generali præſumtione, *quod naturalia ineſſe præſumantur.* Quid vero ſi quis per præſumtiones *ſimplices* oſtendere conetur, euictionem eſſe remiſſam per pactum, ſed non probauerit; merito alter abſoluendus a probationis neceſſitate: ſemper enim militat præſumtio pro eo, quod euictio non ſit remiſſa. Hic tamen idem obſeruandum, quod antea de iuramento purgatorio et ſuppletorio dictum vid. SCHRADERVS *in l. admonendi ff. de iureiurando n. 259.* et MENOCH. *l. 1. qu. 82. n. 1. et ſeqq.* Multo magis hoc dicendum erit, quod per plenam probationem præſumtio generalis elidatur, hæc enim veritati cedere debet; idemque iudicium formandum de reliquis regulis antea excuſſis. Addamus adhuc vnicam: quod *mutatio non præſumatur.* Si

 quid

quid ergo ad perpetuum rei vſum eſt deſtinatum, et ad rem principalem ita relatum, vt *pertinens* dici poſſit, tam diu tale præſumitur, daß es ein pertinenz-Stück ſey, donec aliud probatum fuerit: non vero ſufficiunt contrariæ præſumtiones ſimplices, niſi ſemiplenam poſſint operari probationem.

De concurſu ſpecialium præſumtionum.

§. XIV. Maior vero oritur difficultas circa concurſum *ſpecialium* præſumtionum. Vt caute procedamus in examine, quænam ſit fortior inter plures concurrentes *ſpeciales*, inprimis arbitror reſpiciendum eſſe ad *rationem earundem*, cur nimirum leges eandem ita determinauerint, et ſic gradus probabilitatis ſeſe ſtatim oſtendent. Vbi enim graduum differentias deprehendimus, facile cognoſcemus, quænam earum ſit fortior. Sunt autem, vt ſupra dictum, quædam, quæ magis accedunt veritati et paucas admittunt exceptiones, et harum genus eſt fortiſſimum. Quæ autem in remiſſiori gradu probabilitatem habent, adeo vt fere æqualia admittant exceptionum exempla, illis tanta virtus adſcribi nequit. Ex quibus tale necto axioma: *Omnis præſumtio violenta præponderat cæteris, et ſic illi omnes aliæ cedere debent.* Exemplum elegans occurrit *in l. 24. ff. de Probat.* in qua lege ſpecialium præſumtionum fit concurſus: 1) enim certum eſt, quod non præſumatur ſolutio, nec 2) mutatio, multo minus 3) remiſſio debiti, quippe quæ donationem arguit; et tamen 4) præſumtio *violenta* eſt, debitorem eſſe liberatum, vbi chirographum eſt cancellatum. Nam ſumma eſt præſumtio pro liberatione, quia ſummus eius fauor *l. Arrianus 47. ff. de Verb. obl.* adeo, vt niſi creditor manifeſtis probationibus oſtenderit, ſibi adhuc deberi, pro liberatione pronunciandum ſit *l. cit. l. 24.* Ex eodem ſummo fauore liberationis porro fluit, quod ſi redditum eſt chirographum, ſolutio præſuma-

Violenta præſumtio præponderat cæteris.

ſumatur *l. 4. in fin. l. 15. Cod. de ſolut.* Et quamuis obſtare videatur, quod non præſumatur donatio, ob hunc tamen fauorem omnino aliud dicendum. Eiusmodi *violenta* præſumtio quoque continetur *in l. 45. de Probat.* indebitam non eſſe ſolutam pecuniam, *qui enim ſoluit*, inquit ICtus, *nunquam ita re ſupinus eſt, vt facile ſuas pecunias iactet, et indebitas effundat et maxime ſi ipſe, qui indebitas dediſſe dicit, ſit homo diligens et ſtudioſus paterfamilias, cuius perſonam incredibile eſt in aliquo erraſſe.* Sed tamen in §. 1. hæc præſumtio eliditur per *fortiorem* contrariam, ſi v. g. ſoluens ſit *minor vel mulier*, *miles*, *ruſticus*, forenſium rerum expers, vel alias *ſimplicitate* gaudens, et *deſidiæ* deditus. Adducam huc etiam præſumtionem *pro libertate*, quæ cum ſit violenta iuris, huic omnes cedere debent. Sic pro ſeruis adeo magna libertatis præſumtio eſt, vt teſtator voluiſſe manumittere ſeruum credatur, ſi dixerit in teſtamento, *ne eum alienes*, *ne eum vendes l. 24. ff. et l. 10. de Fideic. libert.* Ideo quoque ſemper debet ille ſeruitutem *realem* probare, qui illam prætendit, *l. 9. et 10. Cod. de ſeruit.* FAB. *in C. L. 3. tit. 24. def. 8.* MARTIN. *in proceſſu Sax. tit. 20. §. 1. n. 257. ſeqq.* licet vel maxime in quaſi poſſeſſione ſeruitutis ſit conſtitutus, pro qua alias præſumitur CARPZ. *l. 1. Reſp. 67.* RICHT. *deciſ. 18. n. 63.* STRYK. *in not. ad Lauterbach. tit. ff. ſi ſeruis. verb. poſſident.* quamuis de libertate, et libertinitate forſan aliud dicendum per *l. 7. de liber. cauſ. l. 14. ff. de probat.* Sic præſumtio pro pietate paterna eſt fortiſſima *l. 28. §. 3. ff. de libert. leg. l. 72. l. 102. de Condit. et demonſtr.* adeo vt omnem fraudis præſumtionem excludat *l. 67. §. d. Ritu nupt.* hinc ſi pater filio, quem prædilexit, ſub conditione prælegauit, dicendum in dubio, illam eſſe impletam ex eius voluntate, licet alias in dubio conditio non præſumatur extitiſſe, et alias

ſit præſumtio pro æqualitate liberorum fauorabilis. Eodem modo non leuis militat præſumtio ex *fauore partus* deſumta pro eo, qui ex conſtante matrimonio progenitus (quippe pater tantum præſumitur, nam mater certa eſt ſemper) quod ſit legitimus *l. 6. de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, quæ et matrem in agone contrarium dicentem mentiri potius præſumit aut morbo caput debilitante laborare vid. STRYK *de Effatis Agonizantium.* Præſumtio porro omnem *donationem* excludit, quia non eſt mos hominum, res proiicere *l. 2. C. de Prob. et l. 16. Cod. eod.* ALCIAT. *part. 1. præſ. 10.* et tamen aliquando hanc præſumtionem elidi per contrariam ſupra iam oſtenſum eſt.

Quæ ſit violenta vlterius declaratur.

§. XV. Violentæ præſumtiones vero ex probabilioribus, quæ interueniunt, facti rationibus dignoſcuntur. Ex iis omnino, quæ ſupra prælibata ſunt de *probabilitatis gradibus*, hanc REGVLAM deducimus: *Quæcunque rationes fere ſummum probabilitatis gradum efficiunt, illæ ſunt violentæ.* Huiusmodi *violenta* præſumtio, quæ apertiſſimas probationes requirit, continetur in *l. fin. ff. quod metus cauſa.* Ipſe ICtus ibi fatetur, ob grauitatem rationis, quæ contra illum, qui claram dignitatem ſe habere dicebat, erat, *grauem* hanc præſumtionem eſſe fundatam; quorſum et refero *l. 25. ff. de Probat.* ex qua liquidiſſime conſtat, gradum probabilitatis ſummum ibi eſſe obſeruatum. Et tandem ad *legis determinationem* me verto, quando nimirum propter ſingularem favorem, quem huic vel illi ſpecialiter adiecit, aliquid grauiter præſumit; qui ordinarie ex cauſa impulſiua diiudicatur, veluti ſi *pro libertate* præſumitur, pro *pietate* paterna, pro *fideicommiſſo*, etc. cuiusmodi præſumtionum exempla plura reperiuntur in iam laudando tract. STRYKII.

§. XVI.

§. XVI. Idem quoque iudicium ferendum erit de omnibus reliquis præſumtionibus, *quæ quo propius accedunt probabilitati, eo maior illis in colliſione virtus attribuenda eſt.* Quemadmodum enim in legum tum ciuilium, tum naturalium conflictu ad grauitatem rationis reſpiciendum eſt: ita et hic maior ratio veriſimilitudinis, illam quæ infirmiore gaudet ratione, deprimit, teſtante BALD. *in l. ſiue poſſidetis in f. ff. vt in poſſeſſ. legat.* BRVNN. *tract. de Indic. et Tor. Iur. part. II. qu. vlt. n. 2.* vt hic circumſpectum iudicium iudex omnino afferre debeat. Ponamus mulierem aut militem vel eum, qui alias rerum forenſium expers eſt, ſe errorem commiſiſſe fateri. *l. 25. §. 1. ff. de Probat.* tunc ipſis non obiiciendum, quod nemo præſumatur errare, cum hæ perſonæ partim non poſſint intelligere iura, partim tali non præditæ ſint induſtria, vt non poſſint errare, vti ſupra iam monitum; magis itaque probabilitati conueniens eſt, ab illis errorem committi, quam omnes adhiberi præcautiones. Metu nemo præſumitur percuſſus aliquid egiſſe, ſi autem enormis læſio ex contractu cum tali, cui reuerentia debetur, proueniat; aliter pronunciandum eſſe, vult MENOCH. *L. 3. p. 127. num. 14. ibique alleg* Omnia ex rei veritate eſſe peracta, nec vnquam ſimulationes præſumuntur. *L. ſi maritus 14. §. fin. ff. qui et a quibus manumiſſ.* Contrariam autem præſumtionem requirit caſus ſequens, quando ſcilicet peracta eſt ceſſio, de eius vero titulo nihil conſtet MENOCH. *L. 3. pr. 129. n. 29.* hic enim præſumitur ſimulatio interueniſſe *L. 22. Cod. Mandati* cum non valeat ceſſio, niſi ſaltem ex titulo donationis *L. all. 22.*

In quacunque præſumtione grauior eſt ratio, illa præualet.

§. XVII. Sed etiam conſiderandi ſunt alii caſus, vbi veritas abſoluta haberi nequit, ſed tamen in dubio aliquid præſumendum, in quibus caſibus hæc regula locum habet:

Vbi

Quid dicendum de caſibus vbi plane non poteſt haberi veritas.

Vbi lex quid ſimpliciter determinat præſumtione in caſu plane dubio, tunc præſumtioni huic determinatæ ſtatur, non attentis aliis præſumtionibus in contrarium. Huc inprimis pertinet, *præſumtus ordo mortalitatis*, quem STRYK. *in tract. de Succeſſ. ab inteſt. diſſ. 10.* egregie explicat, et hunc a *naturali* ordine in eo diſtinctum eſſe obſeruat, quod hic citra iuris diſpoſitionem ſecundum naturam ipſam præſumatur, ille vero, ſi naturaliter conſtare nequeat, quis prædeceſſerit, certa ratione partim naturali partim ciuili, ac diſpoſitione legis aliquid præſumat. Si itaque pater cum filio impubere ſimul perierit, filius non obſtantibus aliis naturalibus præſumtionibus creditur prædefunctus, *l. 9. in fin. de reb. dubiis*, tum quia filius non tanti roboris eſt, quantum in patre præſumitur, nam hæc ætas magis morti ſuccumbit *arg. l. 26. in fin. ff. de Pact. dotal.* tum quia ob timorem et perturbationem animi ſibi mortem facilius conciliant impuberes. Aliud eſt dicendum, ſi filius iam in pubertate fuit conſtitutus, vbi ex legis diſpoſitione filius patrem ſuperuixiſſe creditur *l. 9. §. 4. de rebus dubiis.* Quod iam de patre, cum filio miſerabili quodam caſu ſimul moriente, dictum, ad matrem quoque applicant, ſub eadem diſtinctione *l. 22. ff. de reb. dub. l. 23. ff. eod.* Porro ſi in bello impubes cum patre perierit, filius ſuperuixiſſe creditur, quippe qui prælium non ſequitur, nec aggreſſori hoſti reſiſtere valet. Si vero pubes cum patre aciem ingreditur, cum pro vtroque militet naturalis præſumtio, neuter neutrum ſuperuixiſſe creditur, et ad ſolam deciſionem *l. 9. §. 4. de reb. dub.* recurrendum, quæ ſupervixiſſe filium patri vult. Ita etiam in caſu, vbi patri cum filia infortunium contingat, eſt naturalis præſumtio pro ſexus excellentia, ob ſuperuenientem tamen fauorem iuris, ordo mortalitatis hic retinetur *l. 15. ff. de inoffic. teſt.* et infinitum

nitum foret, omnes casus huc spectantes referre, quos tamen multa industria et solicitate vberius excussit STRYK. *laudato tract.* qui si examinentur, apparebit, aliquando ex solo fauore factam esse præsumtionem, licet forsan aliæ præsumtiones in contrarium adduci possint.

§. XVIII. Hactenus de concursu *præsumtionum iuris* inter se et cum simplicibus actum fuit: restat de collisione plurium simplicium in vno eodemque iudicio se offerentium dicere. Has in iudicis arbitrio positas esse iudico, qui tanquam vir bonus ex circumstantiis prospiciet, an tales sint, vt exinde sententia sua litem decidere possit. In mixtis præcipue iudiciis, vt *finium regund. Famil. Erciscund. et communi diuid.* vt et in interdicto *vti possidetis* maximam vtilitatem afferunt. In his vterque litigans vel rem possidet, vel saltem possessionem prætendit, et sic vtriusque fauor æqualis est, vt alter alterum excludere nequeat, vterque potest esse et actor et reus, vterque præsumtionibus certare; DECIAN. *lib. 3. c. 17. n. 6.* Hic itaque arbitrabitur iudex, pro quo fortior militet præsumtio. Si itaque eueniat, iudicium finium regundorum esse institutum, tunc in dubio v. g. intermedietas, inter duo singula finalia extrema præsumitur eius, cuius signa sunt. ALEXAND. *l. 139. n. 6.* Ita a Facultate illustri Rintelensi responsum fuit 2. *Aprilis anno 1690.* So halten wir davor, daß, so ferne die von N. nicht ein anders, und zwar nicht durch eine blosse angemassete Possession, besondern durch eine solche de cuius iustitia constat, beybringen werden, es billig bey solchen alten limitibus zu lassen sey, præsertim cum in probatione confinium et terminorum antiquorum *probationes minus perfectæ et probabiles coniecturæ* recipiendæ sint. Ita etiam, si quis separatim inceperit negotiari, modo id fiat tempestiue, non tenetur probare, ipsum amplius non

De concursu præsumtionum simplicium harumque collisione.

ftetiffe in communione MENOCH. *lib. 3. præſ. 60. n. 11.* Plura eiusmodi exempla in foro ſatis iudicum iudicia exercent, quæ hic breuitatis ſtudio, B. L. vlteriori meditationi relinquo, cum ſecundum hactenus dicta examinari facile poſſint.

CAPVT III.
DE
FALSIS ET INADÆQVATIS FVNDAMENTIS COLLISIONIS PRÆSVMTIONVM.

ARGVMENTVM.

I. Examinantur regulæ Menochii quod præſumtio ſit fortior, vi cuius actus ſubſiſtit, II. quod præualeat, quæ ex ſubſtantia negotii quam quæ ex eius ſolennitate ducitur, III. vel quæ benignior eſt, IV. quod fortior ſit, quæ iure communi quam quæ iure ſpeciali innititur V. quod ſpecialis generali, et magis ſpecialior præferenda ſpeciali VI. nec non naturalis accidentali, VII. vel veriſimilior, quodque fortior ſit pro actore, quam pro reo, VIII. quod fortior ſit pro quaſi poſſeſſione ſeruitutis quam pro libertate prædii, IX. quod negatiua præſumtio vincat affirmatiuam, X. nec non a naturali ratione repetita, alteram a ciuili ratione deſumtam XI. vel a facto deſumta alteram a non facto deductam, XII. quodque præualeat, quæ animæ et ſaluti æternæ fauet.

§. I.

§. I.

Prima regula Menochii.

Expositis genuinis collisionis præsumtionum fundamentis, de inadæquatis etiam fundamentis breuiter agendum est. Menochius dum nullum genus controuersiarum, quod præsumtiones tangit, relinquere intactum voluit, speciali quæstione etiam inquirit, quatenus altera ex pluribus diuersis vel contrariis præsumtionibus et coniecturis eodem in actu vel causa concurrentibus, aliis validior ac potentior sit *de Præsumt. l. 1. qu. 29.* Eamdem quidem quæstionem se iam olim attigisse fatetur, *in tr. de arbitr. iudicum quæst. Lib. 2. casu 472.* hoc autem loco, quæ adhuc deesse videbantur, addere voluit: quamquam non omnes regulæ, quas tradidit *dicto loc.* pro adæquatis sint habendæ. Est ergo primo loco excutienda illa, quam *num. 3. de Præsumt.* exhibet: *illa præsumtio creditur esse fortior et potentior, quæ actum consistere facit, l. 12. et 21. de Rebus dub.* Sed enim vero hic magnam latere fallaciam ex ipsius textus inspectione apparet. Lex enim ista non tam præsumtionem, sed potius interpretationem continet. Et quamquam pro actus validitate sit coniectura capienda; ceu *cap. 1.* ostendi; hæc tamen in collisione non adeo habebit efficaciam, prout *cap. 2.* præsuppositum; meri igitur res arbitrii est; de quo iudex secundum prudentiam cognoscere debet; vtrum vincere debeat nec ne: Accedit, quod hæc coniectura admodum sit particularis, et multis instantiis adeo obnoxia, vt in plurimis exemplis effectu careat. Hinc si mulier soluerit indebite, iura irritant potius actum, quam confirmant, dum præsumunt errorem.

Reiicitur secunda Menochii regula.

§. II. Altera regula est: *Præsumtio, quæ ex substantia prouenit, dicitur potentior illa, quæ descendit a solennitate:*

Huius

Huius fundamentum quærit *in l. non codicillum 14. C. de Testament.* vbi ab imperatore deciditur, an testamentum vel codicillus dici debeat, si de institutione et exheredatione in vltima voluntate constet. Quia vero cum præcedente iisdem laborat ambiguitatibus, eandem decisionem etiam meretur, ideoque hic excurrere nolo, sed ad ea prouoco, quæ *cap. 1. §. 17.* dicta, vbi de comparatione inter præsumtionem et interpretationem simul disserui.

Declaratur et examinatur Tertia.

§. III. Tertia est Menochii regula: *Illa præsumtio iudicatur potentior, quæ est benignior.* Hæc quidem satis adæquata videtur: sed in eo ambigui quid remanet, quod non bene fauorabile et odiosum distinxerit, cum tamen quod vni fauorabile, alteri odiosum sit, vt adeo plerumque hic Dd. incertis vagentur fundamentis, de quo pluribus vid. THOMASIVS *in Appendice lib. II. Iurisprudent. diuinæ.* Latet vtique in eo egregia præsumtio, et certe non vulgaris, sed *violenta*, sed non alius admittendus est fauor, quam quem *lex* determinauerit ad hunc effectum, vt liquidissimas probationes in contrarium exigat, hinc insisto regulæ fusius a me *cap. 2.* de hac præsumtione traditæ ac explicatæ.

Reiicitur quarta.

§. IV. Regula quarta est talis: *Illa præsumtio iudicatur firmior et potentior, quæ iuri communi inhæret, et illa debilior, quæ iuri speciali.* Hanc inuertendam potius esse existimo, nec absque ratione: ius commune enim restrictionem a specialiori iure accipere magis constat, cum nec leges generales tollant ea, quæ specialiter certo in casu sunt introducta *l. 26. et 28. ff. de LL.* In eo vero simul ambiguitas latitat, quod non constet, quid sibi velit Menochius cum iure *speciali*, seu quam præsumtionem ex speciali iure oriri putet. Si

Si enim ius particulare intelligit, regula hæc nullo modo procedit, quia non nisi *in subsidium* aliis particularibus remediis non existentibus ad ius *commune* confugiendum esse verior ICtorum est sententia. Si vero *priuilegium* intelligit, vti intellexisse videtur, regula itidem est adæquata, quoniam, cum priuilegium aliquid de iure communi remittat, meo iudicio dicendum potius videtur, quemlibet magis sequi voluisse illud, quod facilius est; nec potest in contrarium obiici *l. 7. ff. de iniust. rupt. et irrit.* quæ testamentum iure speciali conditum iure communi valere disponit; in hac enim lege ratio decidendi in eo est sita, quod *post annum missionis* testator decesserit, vbi amplius testamentum vt militare valere non poterat, sed necessario hic cessare debebat priuilegium militare: nunquam enim miles beneficio suo renunciasse videtur, ob id quod illo semel non vsus fuerit, vti apparet ex *l. 3. ff. de Milit. Testament.* de quo vlterius vid. STRYK. *dissert. de Testam. priuilegiatis cap. 1. §. X.*

§. V. *Specialem* præsumtionem elidere *generalem*, probatum est *cap. antec.* Ideoque quoad quintam regulam a Menochio non dissentio, de qua copiose egi *cap. 2.* Ad sextam progredior, in qua Menochius exponit, *præsumtioni magis speciali cedere debere specialem*: de qua nullum erit dubium, si modo ostendisset Menochius, ex quibusnam signis cognosci posset, quænam præsumtio sit *specialis*, et quænam *magis specialis.* Quod enim illa sit specialior, quæ certum respectum ad singularem personam habet, admodum obscure dictum est. Hanc autem magis *specialem* putamus nominari melius posse, quæ, vti iam supra declarauimus, ex declaratione legis est *violenta* et simul potentiorem, seu magis specialio-

Quinta admittitur.

Sexta declaratur.

cialiorem habet rationem et probabilitati seu veritati ita magis accedit, vt *cap. 1. et 2.* pluribus ostensum.

Septima regula insufficientia postulatur.

§. VI. Missa hac septimam aggredior, cuius fundamentum *in l. 3. C. Episc. et cleric.* situm esse vult. Proponitur ibi casus, vbi fornicatio incestus aut aliud crimen cum consanguineis committi non præsumitur, quia *nihil saeui criminis existimari fœdus naturale permittit;* ex quibus regulam sequentem eruit: *illa præsumtio, quæ est naturalis, potentior est illa, quæ accidentalis.* Sed minus recte hæc conclusio exinde infertur, cum *dicta l.* nihil speciale contineat; sed ex generali ac communi præsumtione casum hunc decidat; quod nunquam delicta præsumantur. Præterea et hoc considerandum puto, quod hac regula non indigeamus, si concedamus, quod præsumtio *iuris* præponderet præsumtioni *simplici*, vtpote quæ tantum ex accidentalibus circumstantiis eruitur.

Octaua superflua.

§. VII. Verum quidem octauo est: *illam præsumtionem esse validiorem, quæ verisimilitudini magis conuenit.* Sed et hac carere possemus, cum quæ in regula sexta fuerunt proposita, hic tantum repetantur, et idem bis dicatur variatis saltem formulis. Nona regula est, *quod præsumtio pro reo sit fortior, quam illa quæ pro actore est.* Noua hæc quamvis non possit dici regula, cum ex regulis generalibus *cap. 2.* suppeditatis per se fluat, singulari tamen effectu gaudet, scil. quod ex hac præsumtione pro possessore possit pronunciari, et cum magis probabile sit reum possidentem esse verum dominum ac iustum habere titulum, ad actorem deuoluitur omnis probatio. Cum vero aliquando quoque pro Actore mili-

Regula nona excutitur.

militent præſumtiones, quæ onus probandi Reo iniungunt, ſequitur vt non vniuerſalis hæc regula dici poſſit.

§. VIII. Decimam, quam porro adducit regulam: *Coniecturam, quæ deſcendit a quaſi poſſeſſione, potentiorem eſſe illa, quæ eſt, quod quælibet res præſumatur libera*, plane reiicio, cum veritati et legibus directo contrarietur, ceu iam *cap. 2. §. 14.* oſtenſum. *Decimam falſam eſſe docetur.*

§. IX. Quæ vndecimo loco aſſertur, *quod negatiua fortior ſit affirmatiua*, noua præſumtio non eſt, ſed fundamentum eius ſitum eſt in ordine probationis; vbi regulariter aſſerenti probatio incumbit, ille vero, qui in negatiua intentionem fundat, actore non probante, abſoluitur. Diuerſum ergo eſt, an aliquis, qui probationibus non grauatur, ſit abſoluendus; an vero cum pro aliquo pugnet præſumtio, alter ad *maiores* probationes compellendus. Imo cum et dentur caſus, vbi negatiua probanda, vti oſtendit COCCEIVS, *de probat. directa negatiua*, hæc regula tunc nullius momenti amplius eſt. *Vndecima inadæquata eſt.*

§. X. Duodecimam, quam tradidit regulam, iam examinandam ſuſcipio. Comparatio ibidem inſtituitur inter rationem naturalem et ciuilem, et tandem hæc concluſio formatur: *Præſumtio, quæ a ratione naturali deſumitur, fortior eſt illa, quæ a ratione ciuili petitur.* Quod autem eam ad præſumtiones retulerit, in eo maxime hanc materiam obſcuriorem reddidit. Neque enim oſtendit, qua ratione naturalis et ciuilis ratio inter ſe differant, et in quo prærogatiua naturalis rationis fundata ſit. Deinde, et in hac regula deſideratur vniuerſalitas; nam rationem naturalem a ciuili *Duodecima refellitur.*

vili ſæpius vinci vel ex hoc exemplo apparet. Naturalis quidem præſumtio eſt, matres habere στοργὴν erga prolem; ſed huic ciuilis ratio opponitur, e. gr. ſecundas nuptias in iure eſſe odioſas, quæ vtique vincit naturalem. Et quamuis Menochio concederem, eſſe hanc aliquo modo præſumtionem: non tamen inde ſtruenda ſpecialis regula; ſed potius hic prouocandum ad gradus probabilitatis, et legis determinationem; vnde ſeptima et octaua ab hac non diuerſa videtur.

Decima tertia examinatur.

§. XI. Quam loco decimo tertio protulit regulam, huc non quadrare certum eſt, cum vt *abſurda et inæqualia* euitentur, Logici magis ſit et interpretis, quam legis præſumentis: adeoque hæc longiorem excuſſionem non meretur, ſed quæ iam de interpretationis confuſione *capite 1.* dicta ſunt, et quæ ad *Reg. 1. et 2. §. III. et IV.* iamiam annotaui, hic quoque ſunt applicanda.

Decima quarta non eſt vniuerſalis.

Quoad decimam quartam regulam, ipſi concedo in aliquibus exemplis præualere *præſumtionem a facto illi, quæ a non facto ſumta eſt*: ſed in eo falſitas latitat, quod petatur ratio *a facto* et *a non facto.* Nam ſi præſumtio ſumi debet *a facto*, fateor falſam videri illam Regulam *facta non præſumi.* Quin potius ſi ſic inuerteretur, verior eſſet: *quod illa præſumtio, quæ in non facto conſiſtit, ſit potentior illa, quæ in facto.* Notum eſt quod ſolutio ſit facti, adeoque non præſumatur: qui itaque ſe in hac fundat, hoc debet probare. Si ergo aliqua adeſſet præſumtio pro ſolutione, ratio certe huius deberet eſſe validior, alias non vinceret præſumtionem contrariam quæ eſt, quod ſolutio non præſumatur. Alia adhuc exempli loco poſſent adduci, ſed vel hoc ſolum ſufficit, ad docendum quod ratio non conſiſtat in facto et non facto, ſed potius in ratione non fortiori præſumtionis.

§. XII.

§. XII. Vltima est illa, quod *præsumtio, quæ fauet animæ, et saluti æternæ, sit omnibus potentior:* Et ratione vtique non caret, cum vero hic tantummodo versemur in ciuilibus, et de aliis præsumtionibus solliciti non simus, hæc nostro instituto inseruit, præsertim cum etiam contrariis exemplis eius vniuersalitas satis deduci queat; sic enim matri in agone mortis constitutæ et confitenti se adulterium commisisse, ex eoque infantem esse natum, potius credendum esset, cum faueat animæ, quod tamen iuri ciuili contrariatur. Nec huc facit exemplum, quod dedit de excommunicato; qui cum semel talis, porro idem præsumitur; huius enim fundamentum ex eo non est petendum, quod consulatur animæ; hoc enim modo committeretur fallacia non causæ vt causæ; sed potius quia absolutio est facti, et hinc non facile præsumatur. *Vltima est impertinens.*

CLARISSIMO ATQVE DOCTISSIMO

DN. RESPONDENTI,

S. D.

PRAESES.

Iuris peritiam absque prudenti applicatione esse informe et rude Sceleton, iam dudum peritiores animaduerterunt; sed etiam applicationem absque prudentia nil nisi turbas et sophisticas confusiones parere æque indubium est. Neque enim meo quidem iudicio illi ICtorum numero accensendi sunt, qui solidiori doctrina destituti allegationibus infinitis delectantur et communibus inhærent opinionibus; non diiudicantes accurate illa, quæ ab aliis sunt dicta: sed potius hos, qui ad applicationem iuris adferunt iudicium politum

et limatum solidiori iuris prudentia instructum, ICtos veros esse iudico. Quae vbi mente mea reputo, insigni afficior laetitia, quod videam Te, Clarissime HEROLDE, hanc differentiam exacte obseruasse imo praesenti Tua disputatione publice ostendisse, Te solidioribus innutritum esse doctrinis. Aggressus certe es tale thema, quod parum vel saltim minus accurate adhuc est elaboratum et in quo Menochius, qui alias cum Mascardo et Mantica *Pater Practicantium* vulgo dici solet, omnia miseranda confusione ita inuoluit, vt parum vel nihil solatii ex illo haurire potueris. Hinc omnes bonos in eo consentientes habebo, Te rem Tuam in elaborando hoc themate ita egisse, vt, quantum aliquando de Tua solidiori doctrina expectare possit Respubl. facili coniectura assequi possimus. Neque vero id mirum cuiquam videri poterit, cum industria Tua omnibus satis sit cognita, vt meo testimonio non indigeat. Optime itaque fecisti quod vestigiis praeclarissimis Patris Tui Optimi, Excellentissimi D. Consiliarii Regiminis, et ICti famigeratissimi, Patroni mei venerandi insistere admodum allabores, quippe cuius eruditio in iure singularis satis praedicata est, et de qua eruditissima eius scripta vberrimum testimonium perhibent, quem praeeuntem si vlterius sequi perseueraueris, aliquando cum fructu insigni deprehendes, Te non frustra laborasse. Gratulor itaque Tibi de hoc primo Eruditionis Tuae specimine, quippe quod indicium praebet, mox grauiora secutura esse. Gratulor Excellentissimo Parenti Tuo de filio tam erudito, et qui eius vestigia tam laudabili studio legit. Gratulor Genti Tuae splendidissimae de tantae spei prosapia: Et denique gratulor etiam mihi, quod iam re ipsa deprehenderim euentum intentioni meae exactissime respondisse. Deus porro secundet Tua studia et dirigat illa ad eum scopum, quo tendere

re

re debent omnia noſtra negotia, vt aliquando et Reipubl. et Genti Tuæ florentiſſimæ adferre poſſis incrementum, magnumque Decus. Vale Dab. d. XI. Octobr. MDCCII.



EXERCITATIO LXVII.
AD LIB. XXII. PAND. TIT. IV.
DE
IVRE ET AVCTORITATE SIGILLI AVTHENTICI.
CAP. I.
DE
NATVRA ET HISTORIA SIGILLI AVTHENTICI.

ARGVMENTVM.

I. Inſtituti ratio. II. Sigilla quid? III. Eorum vſus inter Romanos. IV. Diſcrimen illorum ab hodiernis. V. Sigillum authenticum quid? VI. Eius ſpecies, maieſtaticum, Secretum. VII. Bullæ. VIII. Sigilla cerea eorumque colores. IX. Sigilli authentici forma, X. Caracteres, XI. Modus illud adnectendi. XII. Illius affinia, Monogrammata et Cruces. XIII. Cautiones in ſigillis conſeruandis et renouandis.

§. I.

Origo signorum in scriptis magistratuum, et ratio instituti.

Magnum in republica bene ordinata fides publica momentum habet, quia iure naturæ et positiuo cautum est, vt fides data seruetur, et ea rata sint, quæ magistratu auctore fiunt, et in ciuium negotiis *auctoritate publica* roborantur. DEVS quidem omnes homines ab initio æquales creauit, et ante respublicas introductas defuit talis modus, publica auctoritate muniendi actus hominum; his vero tandem introductis, et paulatim in melius reformatis, necesse fuit, pro maiori pondere negotiorum quotidianorum, eiusmodi introducere *modos*, qui plenam, publicam, et falli nesciam auctoritatem iis imponerent, et magistratui, auctoritate imperantis vicaria agenti, vel etiam collegiis, publica auctoritate approbatis, concrederentur. Pacis internæ interfuit, hos modos ad auerruncandas lites introducere, et quod publica imperantis vicaria potestate actum est, contra quascunque fallacias temerariorum propugnare et validum declarare. Primis igitur temporibus excogitata sunt pauca quædam sed leuiora schemata, quibus superiores subditos ad se recurrentes securos reddebant; sed vbi hominum malitia crescere, et fides vbique lubrica errare cœpit, omnino e re fuit, ea, quæ ad *publicam fidem* pertinent, paulo plenius, accuratius et distinctius determinare, h. e. tum regentium mandata et gesta signis a priuatorum inter se susceptis negotiis distinguere: tum eorum ministris publicam fidem tribuere. Apud cultiores gentes modi, quibus principum edicta, priuilegia, diplomata aliaque gesta publicam fidem accipiebant, varia signa, significationem publicæ fidei et approbationis habentia, excogitata pedetentim sunt, inter Germanos etiam olim vsitata; in quorum numero sunt imprimis *cruces*, *monogrammata*, *sigilla cerea*,

quæ

quæ ſumma cum induſtria viri in arte diplomatica celeberrimi collegerunt. Vix academiam Lipſienſem intraui, quo mihi obtigit, clariſſ. DN. D. BAVDISIVM præceptorem nanciſci, qui primus, ex ſingulari in diplomatum illuſtrationem ardore, me ad excolendam hanc diſciplinam traxit atque deduxit. Cum vero præterea DN. PRAESES calcar in hoc meorum ſtudiorum curſu mihi adderet, meque in itinere, quod ingreſſus eram, firmaret, conueniens meo ſcopo elegi argumentum, et quod in re diplomatica inſignem præſtat vſum, *de ſigilli authentici iure et auctoritate* præſens ſtudiorum meorum ſpecimen adornare conſtitui. In hac materia vix aliquem præter HOEPINCKIVM habeo præeuntem. Et cum dictus auctor *de ſigillorum iure* tractatum, more maiorum, ex ſententiis iuris Romani conſarcinauerit, nec iuribus Germanorum in omnibus ſatisfecerit, me rem ſatis arduam adgredi animaduerto, optima tamen fretus fiducia ſpero, fore vt has primitias B. L. æqui bonique conſulere velit.

§. II. *Sigillum* ſecundum formationis naturam deriuatur a *ſigno*, tanquam eius diminutiuum. Signa quidem generatim denotant omne id, per quod res agnoſcuntur, et a ſe inuicem diſtinguuntur, atque ita *notiones* producunt, ſeu rerum *in mente repræſentationes*, vnde et ſigna *notæ* vocantur, quibus res *ſignificantur* et *denotantur*, h. e. in mente concipiuntur. Speciali in ſenſu SIGILLA ſeu ſigna vocantur *paruæ quædam imagines, ſtatuæ, vel ſimulacra deorum aliorumque hominum et rerum, quæ imaginem rei referunt, non rem ipſam, licet ſignum rei ipſius eſſe videantur.* Hoc ſenſu Romanis fuere *ædificiorum ſigilla*, h. e. paruæ imagines in ædificiis poſitæ et ædificiorum quaſi honeſtamina. In iure noſtro ciuili Rom. multa de ſigillis ædificiorum, et iis, quæ *Etymologia ſigilli.*

ornamenti ergo in ſcyphis, vaſis, candelabris aliisque in rebus cælatorum artificio poſita, inueniuntur. (1) Præcipue etiam ſigilli appellatio annulis ſignatoriis, quæ continebant ſigna et imagines, tribuitur, tantæque autoritatis fuerunt, vt, quæ his clauſa ſunt, aperire fas non eſſet. Sigillum enim in hoc ſenſu cum ad res reſeruandas, notandas, et occludendas faciat, charactere vel imagine omnino opus habet, quæ rebus occludendis imprimitur, et ſic *ſigna* ac *ſigilla* ſunt et olim fuerunt cerea ectypa, quæ annulus in cera expreſſerat. Vſus ſigillorum horum apud plurimas gentes (2) fuit; ſed cum de hoc argumento plurimi egerint auctores, Romanæ gentis præ cæteris intuebimur mores. Huius quidem imperatores magiſtratusque certis vtplurimum vſi ſunt ſigillis. (3) Neque tamen ciues ſigna ſtabilia tenuere. His aliud

(1) ARNOBIVS eleganter *lib. VI. adu. gent. p. 197.* ſcribit: *Abſtinetis a riſu, cum pro diis immortalibus ſigilliolis hominum et formis lapidibus ſupplicatis humanis.* De his ſigillis mentio etiam fit in *l. 12. §. 23. D. de inſtr. vel inſtrum. leg. l. 13. §. 7. D. de vſufr. l. 17. §. 9. D. de act. emt. vend. l. 41. §. 13. D. de leg. 1.* De *candelabro* ſigillo exornato vid. *l. 23. §. 2. D. de R. V.* et de *vaſis* ſigillatis locus extat in *l. 32. pr. de aur. et arg. leg.*

(2) De Græcorum ſigillis qui legere cupit, adeat GORLAEVM, LICETVM, GRONOVIVM, BEGERVM, et HEINECCIVM, qui ſimul *in ſyntag. hiſt. de ſigillis P. I. cap. 3.* ſigilla Hebræorum, Aegyptiorum, Perſarum, Cyrenenſium, Græcorum, Romanorum, Byzantinorum, Francorum et Germaniæ antiquæ refert.

(3) Sic AVGVSTVS in libellis et epiſtolis ſignandis *Sphinge* primo vſus, mox ad euitandum conuitium imaginem Alexandri M. adhibuit, SVETONIO *in Aug. c. L.* teſte. Obſeruat tamen SALMASIVS *de ſubſcrib. et ſignand. teſtam. c. XVII. p. 177. ſeqq.* duces et magiſtratus populi Romani, literas publicas.

liud signum fuit, quod pater familias doliis, instrumentis, pecudibus, esculentis, aliisque ad œconomiam pertinentibus imprimebat: aliud vero, quod idem epistolis et priuatis in negotiis adhibebat. (4) Sed de signis et sigillis hæc suffi-

blicas scribentes, vno semper eodemque annulo vti debuisse, quo illæ obsignarentur, quamuis singulis forsan integrum fuerit, quo signo in introitu officii sui vti voluerint. Nec ergo cognita fuerunt sigilla perpetuo cohærentia officio, sed id tantum præcauebatur, ne sigillum immutaretur, quod quis sub auspiciis initi magistratus elegerat. Si princeps, qui perpetuum gerebat imperium, signum mutabat, inde, confracto priori, nullum præiudicium metuendum. Quocirca, LIVIO *lib. XXVII. c. 30.* teste, CRISPINVS consul cum audiret, annulo Marcelli ducis cum corpore Annibalem potitum fuisse, *eius signi errore ne qui dolus necteretur a Pœno metuens, circa ciuitates proximas misit nuncios: occisum collegam esse, annuloque eius hostem potitum, ne quibus litteris crederent nomine Marcelli compositis*, vtpote manu aliena regulariter scriptis, seu ab eis, qui ab epistolis ducum erant.

(4) Hoc probat locus ille PLINII *in hist. nat.* vbi de peruerso hominum statu *lib. XXXIII. c. 1.* scribit: *Quæ fuit illa priscorum vita, qualis innocentia, in qua nihil signabatur? At nunc cibi quoque et potus annulo vindicantur a rapina.* Vocabatur plerumque *signaculum*, et, vt ORIGENES in *epist. ad Rom. I. 4.* vult, hic significatus illis est proprius. Verba eius sunt: *Fortassis idem videtur aliquibus signum, quod signaculum; sed mihi vterque sermo multam inter se videtur habere differentiam: signum namque dicitur, cum per hoc, quod videtur, aliud aliquid indicatur; signaculum dicitur, cum alicui rei seruandæ pro tempore custodia imponitur, quod nemo alius, nisi ille, qui impressit, resignare debeat.* De hoc signandi more res occludendas plenius agit etiam SALMASIVS *de subscribend. et signandis testam. c. X. sqq.* docetque *p. 104. Romanos annulo signa omnia, quæ domi clausa volebant vindicare a domesticorum*

ornamenti ergo in ſcyphis, vaſis, candelabris aliisque in rebus cælatorum artificio poſita, inueniuntur. (1) Præcipue etiam ſigilli appellatio annulis ſignatoriis, quæ continebant ſigna et imagines, tribuitur, tantæque autoritatis fuerunt, vt, quæ his clauſa ſunt, aperire fas non eſſet. Sigillum enim in hoc ſenſu cum ad res reſeruandas, notandas, et occludendas faciat, charactere vel imagine omnino opus habet, quæ rebus occludendis imprimitur, et ſic *ſigna* ac *ſigilla* ſunt et olim fuerunt cerea ectypa, quæ annulus in cera expreſſerat. Vſus ſigillorum horum apud plurimas gentes (2) fuit; ſed cum de hoc argumento plurimi egerint auctores, Romanæ gentis præ cæteris intuebimur mores. Huius quidem imperatores magiſtratusque certis vtplurimum vſi ſunt ſigillis. (3) Neque tamen ciues ſigna ſtabilia tenuere. His aliud

(1) ARNOBIVS eleganter *lib. VI. adu. gent. p. 197.* ſcribit: *Abſtinetis a riſu, cum pro diis immortalibus ſigilliolis hominum et formis lapidibus ſupplicatis humanis.* De his ſigillis mentio etiam fit in *l. 12. §. 23. D. de inſtr. vel inſtrum. leg. l. 13. §. 7. D. de vſufr. l. 17. §. 9. D. de act. emt. vend. l. 41. §. 13. D. de leg. 1.* De *candelabro* ſigillo exornato vid. *l. 23. §. 2. D. de R. V.* et de *vaſis* ſigillatis locus extat in *l. 32. pr. de aur. et arg. leg.*

(2) De Græcorum ſigillis qui legere cupit, adeat GORLAEVM, LICETVM, GRONOVIVM, BEGERVM, et HEINECCIVM, qui ſimul *in ſyntag. hiſt. de ſigillis P. I. cap. 3.* ſigilla Hebræorum, Aegyptiorum, Perſarum, Cyrenenſium, Græcorum, Romanorum, Byzantinorum, Francorum et Germaniæ antiquæ refert.

(3) Sic AVGVSTVS in libellis et epiſtolis ſignandis *Sphinge* primo vſus, mox ad euitandum conuitium imaginem Alexandri M. adhibuit, SVETONIO *in Aug. c. L.* teſte. Obſeruat tamen SALMASIVS *de ſubſcrib. et ſignand. teſtam. c. XVII. p. 177. ſeqq.* duces et magiſtratus populi Romani, literas publicas.

liud signum fuit, quod pater familias doliis, instrumentis, pecudibus, esculentis, aliisque ad œconomiam pertinentibus imprimebat: aliud vero, quod idem epistolis et priuatis in negotiis adhibebat. (4) Sed de signis et sigillis hæc suffi-

blicas scribentes, vno semper eodemque annulo vti debuisse, quo illæ obsignarentur, quamuis singulis forsan integrum fuerit, quo signo in introitu officii sui vti voluerint. Nec ergo cognita fuerunt sigilla perpetuo cohærentia officio, sed id tantum præcauebatur, ne sigillum immutaretur, quod quis sub auspiciis initi magistratus elegerat. Si princeps, qui perpetuum gerebat imperium, signum mutabat, inde, confracto priori, nullum præiudicium metuendum. Quocirca, LIVIO *lib. XXVII. c. 30.* teste, CRISPINVS consul cum audiret, annulo Marcelli ducis cum corpore Annibalem potitum fuisse, *eius signi errore ne qui dolus necteretur a Pœno metuens, circa ciuitates proximas misit nuncios: occisum collegam esse, annuloque eius hostem potitum, ne quibus litteris crederent nomine Marcelli compositis*, vtpote manu aliena regulariter scriptis, seu ab eis, qui ab epistolis ducum erant.

(4) Hoc probat locus ille PLINII *in hist. nat.* vbi de peruerso hominum statu *lib. XXXIII. c. 1.* scribit: *Quæ fuit illa priscorum vita, qualis innocentia, in qua nihil signabatur? At nunc cibi quoque et potus annulo vindicantur a rapina.* Vocabatur plerumque *signaculum*, et, vt ORIGENES in *epist. ad Rom. I. 4.* vult, hic significatus illis est proprius. Verba eius sunt: *Fortassis idem videtur aliquibus signum, quod signaculum; sed mihi vterque sermo multam inter se videtur habere differentiam: signum namque dicitur, cum per hoc, quod videtur, aliud aliquid indicatur; signaculum dicitur, cum alicui rei seruandæ pro tempore custodia imponitur, quod nemo alius, nisi ille, qui impressit, resignare debeat.* De hoc signandi more res occludendas plenius agit etiam SALMASIVS *de subscribend. et signandis testam. c. X. sqq.* docetque *p. 104. Romanos annulo signa omnia, quæ domi clausa volebant vindicare a domesticorum*

sufficiant, cum plures de iis scripserint. (5) Addo tantum, quod saepius ipse typus siue instrumentum, cui insculptus est character siue imago, voce *sigilli* in legibus, vt plurimum vero ipsum signum rebus impressum, veniat. (6) Haec autem

rum et seruorum rapinis, capsas, arcas, armaria, penum, cellas, amphoras, lagenas, et reliqua vtensilia, quae aliquid furto et rapinae obnoxium continerent, siue res cibi esset, siue potus, siue quaecunque alia species, signasse. Addit, *eorundem annulorum vsum fuisse ad signandas omnis generis tabulas privatorum publicorumque contractuum, syngraphas, chirographa, testamenta, codicillos et epistolas ad familiares mittendas*, quibus ligandis filum, linum, vel funiculum adhibebant, sigillo vel annulo signatorio signandum et claudendum. Non ergo primario, vt hodie, olim modus consensum dandi in negotium aliquod, aut fidem ei conciliandi erat, sed vt plurimum medium claudendi id, quod signatum erat, ceu §. *sq.* declarabitur, adeo vt, si linum incisum fuerit, tabulae non signatae viderentur, vtut signa testium apparerent integra, vti obseruat ICtus in *l.* 1. *§.* 10. *de bon. possess. secund. tabb.* Hoc sensu dicebantur tabulae *obsignari* seu sigillis claudi, cuius moris etiam fit mentio *Apocal. V*, 1. *et l.* 22. *D. qui testam. fac. poss.* Ita omnia, quae praecludenda erant, signabantur, atque hoc more vti poterat locator aedium, non solutis pensionibus a conductore. Praecludebantur enim fores, et signum locatoris apponebatur. *l. pen. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l.* 20. *de iniur*, MERILL. *lib. III. obs. c.* 25.

(5) Ad eos inprimis referendus cit. IO. MICHAEL HEINECCIVS, qui sigilla medii aeui quam diligentissime illustrauit.

(6) Vid. exemplum apud LIMNAEVM *ad capit. Ferdin. III. art.* 46. *in vocab.* gehenckt werden. Alias vocatur per abusum *signetum*, vid. HEINECCII *cit. tr. p. I. c. II. §.* 7. *impressio*, vid. B. Cancell. de LVDEWIG *reliq. p. IV. p.* 246. *Germanice* Sigel, Insigel, Pittschafft, Pettschafft, Petschad, Ingeß.

tem significatio materiam illustrandam aliter non tangit, quam quatenus ad vsum signandi demonstrandum necessarium est. Agam igitur de figura, quae ex impressione typi in ceram vel aliam materiam facta adparet.

§. III. Erant vero apud Romanos aeque vt apud Graecos (7) sigilla, ad signandas literas aliasque scripturas adhibita, vel *publica* vel *priuata*. Illa ducibus, magistratibus populi Romani, ciuitatibus, aliisque, qui officio cuidam publico praeerant, propria erant, propria auctoritate, vt probabile est, electa, sed stabilia et non varianda, quo de *fide* eorum ex hoc immutabili signo constaret. Cum enim hi in scribendis literis *Vsus sigillorum apud Romanos.*

Ingeß. Mitto alias denominationes plures ex nominatis deriuatas.

(7) Antiquissimum huius distinctionis vsum inter *annulos publicos priuatosque* tradidisse videtur scriptura S. in historia IOSEPHI, quod rex PHARAO annulum suum de manu sua detractum ei dedisse legatur *Genes. XLI, 42.* Sed id sine dubio factum est in signum potestatis supremae ei creditae, sicuti AHASVERVS MARDOCHAEO annulum suum tradidit honoris & potestatis gratia. *Esth. VIII, 2.* Tales annulos autem fuisse signatorios etiam, admodum est probabile, quod publica mandata et literae hoc modo obsignandae essent, sicuti postea Persarum reges annulo regio obsignarunt literas, edicta et mandata regia, vt rursus constat exemplo AHASVERI apud *Esth. VIII, 9.* Sed etiam priuati patresfamilias annulos, in quibus sigilla erant, iam antiquissimis temporibus habebant, ceu docet historia Thamarae, cui post concubitum loco pignoris dedit Iuda *sigillum suum* cum fascia et scipione. *Genes. XXXVIII, 18.* Reuera enim *voce Hebraica*, ibidem occurrente, designari *sigillum*, praeter alios docuit CLERICVS *in pentat. ad cit. l.*

ris aliisque monumentis exarandis opera aliena eorum, qui ab epiſtolis erant, vterentur, opus fuit, alio argumento conſtare de veritate ſcripturæ, quod ab eo magiſtratu miſſa et exarata eſſet, cuius ſigillum præ ſe ferebat. (8) Dici hæc ſigilla *publica* poſſunt, non quod *publica auctoritate* conceſſa, ſed quod argumento eſſent, literas hoc ſigillo obſignatas a publica perſona intuitu *officii* miſſas fuiſſe, et hoc intuitu mutari non debuerunt. Priuata vero *ſigno arbitrario* conſtabant, pro lubitu electa; quamuis enim plurimi imaginem imperatorum in ſuis ſigillis exprimere ſolerent, infinita tamen ſigilla et gemmæ, hodie ab antiquitatis ſtudioſis collecta, (9) oſtendunt, ea in infinitum variaſſe, et a celebri rei memoria, ſtatu temporis, religione vel aliis cauſis electa, et in gemmis

(8) Talia ſigilla conſtantia admiſit etiam SALMASIVS *de ſubſcrib. et ſign. teſtam. cap. XVII. pag. 178.* quæ recte *publica* dixeris, quod fidem de literis publica autoritate ſcriptis facerent, ceu docet exemplum *annuli ſignatorii* MARCELLI, ab ANNIBALE intercepti, cuius mentio facta in *h. c. §. II. not. 3.* Addit IDEM, habuiſſe et ciuitates Græciæ liberas σφραγῖδα, qua literas publicas obſignarent, et fœdera cum vicinis ciuitatibus aut regulis farcienda. Denique Trapezitas quoque publicis ſemper ſignaculis vtebantur, vt hoc ſymbolo *fidem* negotiorum eo magis firmarent. Vnde palam eſt, ſigilla licet olim *potiſſimum* adhibita ad claudendas literas et teſtamenta, eadem tamen quandoque, ſed non eodem modo, vt hodie, vſurpata fuiſſe a perſonis publica autoritate pollentibus ad *publicam fidem ſcripturæ* conciliandam, ſeu vt conſtaret, literas obſignatas nomine publico miſſas fuiſſe.

(9) Inprimis ab ABRAHAMO GORLAEO in *dactyliotheca*, in qua inſignem apparatum horum ſigillorum gemmis inſculptorum vel *annulorum ſigillariorum* duabus partibus exhibet, eorumque imagines vel ſimulacra paucis refert.

gemmis expreſſa fuiſſe, ſæpiusque immutata; (10) quod etiam luxuriæ et ornamentis inſeruirent.

Differentia ſigillorum, quæ Romani geſtabant, et noſtrorum.

§. IV. Sicuti vero olim *annulo ſignatorio* omnia ſignabant Romani, qui ſcilicet digito geſtari poterat, et ita ſigilla illa parua (11) illis tantum cognita erant; ita illis incognita fuerunt *ſigilla grandiora*, funiculis inſtrumentis appendi ſolita, quæ poſterior ætas in oriente et occidente introduxit. Hæ *bullæ* vocatæ ſunt, (12) et ad firmandam fidem eorum, quæ literis expreſſa ſunt, faciunt, atque idem quod *ſubſcriptio* præſtant atque efficiunt, vt *authentica* ſint documenta. (13) Atque inde notabilis differentia

(10) Annulis inſculpi ſolebant variarum rerum effigies, ſecundum cuiusuis beneplacitum, modo deorum dearumue, modo hominum, brutorum, aliarumque rerum geſtarum, vt GORLAEVS *in proloq. p. 9.* paucis innuit; quod et ipſa ſigilla ab ipſo exhibita docent.

(11) Vt docet GORLAEVS in *dactyliotheca* ſua infinitis horum ſigillorum exemplis.

(12) Notante FESTO *p. m. 56. Bulla aurea erat inſigne puerorum prætextorum, quæ dependebat eis a pectore, vt ſignificaretur, eam ætatem vlterius regendam conſilio.* Originem huius moris deriuat PLINIVS *lib. XXXIII. c. 1.* a PRISCO TARQVINIO, et etymologiam vocis plenius illuſtrat GERHARDVS IO. VOSSIVS *in etymologia, hac voce.* Similis his fuere ſigilla, quæ chartis et diplomatibus appendebant, quandoque etiam *aurea* vel *argentea*, denique etiam *plumbea*, quibus curia Romana vtitur, a quibus ſigillis ipſa diplomata *bullæ* vocantur.

(13) Hoc rurſus clauſula finalis diplomatum antiquiſſimorum Carolingicorum, et quæ poſt Carolingicam ſtirpem exſtinctam edita ſunt, monſtrant, vt LVDOVICI PII de anno DCCCXXVIII. apud SCHANNAT. *in hiſtor. Wormat. eiusque cod. probat. n. IV. Hoc vero præceptum vt* ple-

tia inter sigilla antiqua Romanorum et recentiora inualuit tum ratione *finis*, tum *formæ* ipsius, et denique *effectus*. *Finis* antiquorum sigillorum fuit primarius, vt hoc signo clauderentur tabulæ, tam publicæ, quam priuatæ, ne quorumuis obtutibus expositæ essent, aperiendæ demum post sigillorum integritatem agnitam (14) lino inciso, vbi necessitas id postulabat,

pleniorem, in Dei nomine, obtineat vigorem, & a fidelibus nostris verius credatur & diligentius conservetur, de annulo nostro subter iussimus sigillari. Vt plurimum etiam *subscriptionis* mentio cum *sigillo* facta, v. c. in diplomate eiusdem imperatoris de a. DCCCXXII. apud SCHATENIVM in *historia Paderborn. ad cit. ann. Et vt hæc autoritas per futura tempora melius conservetur, manu propria subter firmauimus, & annuli nostri impressione signari iussimus.* Hæc duo vt plurimum in diplomatibus coniunguntur, vt certum sit, sigilla hæc authentica idem cum subscriptionibus præstitisse, quæ quandoque dicta sunt: *maiestatis nostræ sigilla*, vt in diplomatibus HENRICI VI. de anno MCXCIII. apud SCHATENIVM ad *cit. ann.* et SCHANNATVM *cit. l. n. 159.* vel etiam: *bulla aurea typario nostræ maiestatis impressa*, vt FRIDERICI II. de anno MCCXXXV. apud SCHATEN. *cit. tr. ad cit. ann.*

(14) Hoc modo etiam sæpe *acta publica* sigillis clausa sunt lino inuoluta, vt colligo ex *collat. Carthag. II. cum Donatistis*, recitata a DVPINIO in OPTATI *Milevitani opere de schismate Donatist. p. 293.* in qua hæc habentur: "Marcellinus, vir clarissimus et notarius, dixit: susceptæ tabulae ab "ecclesiasticis notariis recitentur. "Cumque intra Sabanum (linteum) "volumen schedæ membranaceum "pro parte descriptum, et codices tabularum pariter obsignati "iudiciariis offerrentur aspectibus, "Marcellinus, vir clarissimus, "tribunus et notarius, dixit: custodes edicant, vtrum signa cognouerint. Leo, episcopus ecclesiae catholicæ, dixit: agnosco "sigillum meum. Marinianus episcopus dixit: agnosco sigillum "meum. Marcellinus, vir cla-"ris-

ſtulabat. Hodiernorum vero ſigillorum, quæ vel appendi ſolent documentis, vel ſubſcriptionibus adiungi, finis huc vergit, vt *fides* eo maior documentis tribuatur, et vt ſint *ſymbola voluntatis noſtræ fideique datæ.* Sed etiam ratione *formæ* eſt aliqua differentia, dum quædam *grandiora*, quædam *minora* ſunt, ad inſtar Romanorum, vt paulo ante dictum. Denique ratione *effectus* quædam publica autoritate conceſſa vel aſſumta, (15) quæ vocantur *authentica*: quædam vero *priuata*, ſingulis priuatis propria; quamuis *hereditaria* vtplurimum et *gentilitia*, non æquali tamen effectu cum authenticis pollentia, nec pro lubitu aſſumenda.

§. V. De *authenticis ſigillis* nunc primario quidem locus eſt agendi, vtpote quæ iura peculiaria habent, et a priuatis magnopere diſtant. Hæc itaque *ſigna* denotant, *quæ auctoritate publica aſſumta vel indulta ſunt his, qui vel iurisdictionem habent, vel publicam perſonam repræſentant, vt ea negotiis coram ſe geſtis, ſuamque priuatam rem non concernentibus, fidem publicam faciendam imprimant vel annectant.* Vocabulum *authenticum* græcæ deriuationis eſt, ab αὐθέντης, *auctor*, deſumtum; vnde eſt αὐθεντία, *auctoritas*, et hinc *authenticum* dicitur, quod *auctoritate* pollet, et ſic *fidem* habet. (16) Vſus huius vocabuli iam ab antiquis temporibus etiam magnis

Definitio ſigilli authentici eiusque a priuato differentia.

"riſſimus, tribunus et notarius dixit: quoniam ab vtraque parte impreſſionem ſignorum agnitam conſtat ea, quæ præcepi, a notariis relegantur."

(15) Quod in *ſqq. §§.* plenius explicandum erit.

(16) VOSSIVS *in etymol. voce authentica* ita cenſuit; vnde ſcripta authentica ICtis vocantur, quæ ori-

gnis signaculis proprius fuit, (17) et eandem vim habet, ac in *nouellis*, *decreto authentico* attributum. Differt hocce sigillum a priuato: (I) quod signans id non in suis sed alienis et coram se gestis primario adhibeat negotiis: (II) quod ab eo imprimatur, qui vel iurisdictionem vel publicam fidem habet, et (III) denique quod alios plane prae illo producat effectus.

Diuisiones sigilli authentici.

§. VI. Sub *authenticis sigillis* omnia comprehendo sigilla publica, quae *fidei publicae* ergo anneсtuntur. Pro ratione negotiorum, quibus imprimuntur, et signantis dignitate, varia recensentur, quae breuitatis ergo sequentibus includo clas-

originalia sunt, exemplis inde desumtis opposita, & in genere *authenticum* est, quod ab *auctoritate* conspicuis, vel ea valentibus confectum est.

(17) Vtitur hoc vocabulo pontifex *c. 2. in pr. de offic. ordin. in 6.* ibi: *in instrumento publico vel patentibus literis sigillorum suorum aut alterius* AVTHENTICI (h. e. autoritate publica pollentis) *munimine roboratis*. Notanter vero ALEXANDER in *c. 2. X. de fid. instrum.* ait: "Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, "nisi forte per manum publicam "facta fuerint, ita quod publica "appareant, aut SIGILLVM AVTHENTICVM habuerint, per quae "possint roborari, non videntur "nobis alicuius firmitatis robur "habere." Sicuti vero instrumentum absolute positum *publicum* designat, ita saepe sigillum indefinite positum, pro *authentico* accipitur, vt in *c. 48. X. de appell.* Pariter in *c. 14. X. de excess. prael.* asseritur, quod clerici ecclesiae Iotrensis, Meldensis dioecesis, *non consueuerint proprium habere sigillum*, *nec sint vnum corpus*, *ita quod capitulum appelletur*, *nihilominus sigillum habere contendant*, h. e. *sigillum autenthicum*, quo tantum vtuntur publicae personae vel collegia publica ad fidem publice faciendam. conf. MATTHAEVS PARIS. in *histor. Anglic. ad a. 1237.*

classibus. Hi, qui supremo imperio vel iure territoriali gaudent, sigillum adhibent *maiestaticum*, & distinctum in rebus *gratiæ*, et rebus magni momenti, præterea in caussis iurisdictionalibus, feudalibus, cameralibus et in genere, vbi autoritas praestanda, singularia habere solent sigilla. Hoc sigillum alias vocatur *magnum*, *maximum*, ab impresso, *nostræ imaginis*. (18) Secunda species est *secretum*, quod maioris circumferentiæ est annulo, minoris grandiori sigillo, quodque in chartaceis edictis et epistolis secretioribus plerumque adhibetur. Addo: *plerumque;* nam vti HEINECCIVS ostendit: *Interiecto tempore et secretiorum vsus in diplomata transiit, et secreta plerumque tergo sigilli authentici impressa sunt.* (19) Tertia denique species est quoduis sigillum aliud

(18) Carolingorum tempore annulo omnia signabantur, in quibusdam autem negotiis ob rationem singularem adhibebatur *bulla* vid. HEINECCIVS *P. I. cap. IX. p.* 77. Hoc docent diplomata apud SCHANNATVM in *hist. Wormat.* et quidem *in cod. probat. n. 1.* vbi exstat CAROLI M. diploma de ann. DCCXCVIII. ibi: *& de annulo nostro sigillari iussimus.* Pariter LVDOVICVS PIVS in diplom. de an. DCCCXIV. sub. *n. II. & annuli nostri impressione signari iussimus*, quales formulæ etiam occurrunt sub *n. III. IV. V. VII. VIII. IX. XII. XIII. XIV. XV.* Pariter sub imperatoribus, qui post stirpem Carolingicam imperium tenuerunt, similis tenoris formulas deprehendi ibid. sub *n. XIX. XX. XXI. XXII. sqq.*

(19) De contrasigillorum origine nil certi constat. HEINECCIVS *c. l. P. I. c. IX. p.* 77. primum adducit *secretum* ex charta HENRICI IV. anno MLIX. ecclesiæ Niuellensi datum. Ab aliis vero hocce sigillum semet distinguit in inscriptione, quae plerumque vsum illius et nexum cum primario expresse ostendit, vt SECRETVM EST, SECRETVM SERVA, TESTIMONIVM VERI, SIGILLVM VERITATIS, SECRE-

aliud publicum, quod a magiſtratibus, iisque, qui publicam fidem habent, inſtrumentis imprimitur.

De bullis.

§. VII. Sigilla hodie imprimuntur vel metallis, vel ceræ; aliæ vero materiæ Germanis vix notæ ſunt. Illa, quae ex metallis finguntur, nomine *bullarum* veniunt, (20) et originem, ſecundum plurimorum ſententiam, habent ab imperatoribus Byzantinis. Hi ſigilla non auro ſolum, ſed gemmis ſæpius exornarunt, eaque plus ad diuitias exteris oſtentandas, quam fidei ergo ſcriptis adpoſuerunt. (21) Hodie conceduntur *aureæ bullæ* in rebus tantum maximi momenti, velut in conceſſione iurium eccleſiis et ciuitatibus facta, in fœderum et pactorum confirmatione, in erectionibus ducatuum, priuilegiorum et nobilitatis donationibus, ſi ſuplicantes id pe-

CRETVM MEVM, CLAVIS SIGILLI, aliaque ſymbola pia, vbi contraſigilli fit mentio, de quibus plura adducit VREDIVS *in ſigillis comit. Flandriæ*, vel vbi decurtatum contraſigilli conſpicitur vocabulum, vel denique litteræ C. S. ſolum conſpiciuntur. Bullæ quod pleruinque in tergo fuit incuſum, *auerſum* dicitur, & iuxta LEYSERVM *in comment. de contraſig. med. æui p. 7.* a contraſigillo etiam diſtinctum eſt, quoniam huiusmodi bullæ nunquam in aduerſa parte contraſigilli, ſecreti aut aliud contra ſigillis proprium nomen vel ſignum habeant, quo contraſigilla denotantur. Vbi vero ſigilla filis appendere in vſum venit, *contraſigillum* maioris fidei ergo, cereis denique a tergo impreſſum fuit.

(20) Deriuationem vocis *bullæ* tradidi ſupra not. *(12) p. 299.*

(21) De his plura inueniuntur apud PANCIROLLVM *rerum deperd. p. 15.* CAROLVS quidem DV FRESNE et THVLEMARIVS bullarum aurearum auctores faciunt Francos, ſed HEINECCIVS *d. tr. P. I. cap. IV. §. 4. p. 37.* oſtendit, quod iam ante illos bullae vocatæ fuerint *Byzantinæ*.

petant, et pretium bullae, quod quadraginta communiter ducatos facit, soluant. A Carolingorum temporibus ad interregnum vsque, et ab hoc ad nouissima tempora haud paucæ inueniuntur *bullæ aureæ*, quæ summa cum industria collegerunt MABILLONIVS, HEINECCIVS, THVLEMARIVS aliique, Ipsa hæc ciuitas auream FRIDERICI II. *bullam* possidet, quæ an. 1232. *priuilegia* PRINCIPVM *S. R. I.* firmat, quodque cimelium *B. Cancell.* de LVDEWIG non minoris pretii facit, ac AVREAM BVLLAM FRANCOFVRTANAM. (22) Typaria *argentea* Germanis rariora fuere, licet probabile sit, eos etiam in hoc imitatos fuisse Byzantinos. Quædam occurrit in FRESNEI *glossario*, qui testatur, in gazophylacio cœnobitarum S. Genouefæ Parisiensium custodiri *bullam argenteam* LVDOVICI PII *imp.* Alia præter hanc etiam inuenitur argentea HENRICI II. quæ olim aurea ab auctore *vitæ S. Meinwerci* Paderbornensis habita fuit; postquam vero P. SCHATENIVS eam accuratius examinauit, inaurata fuit inventa. Bullas præterea adhibent pontifices, patriarcharum Constantinopolitanorum quondam æmuli, qui omnibus mandatis, *breuibus* exceptis, *bullas* annectunt, et nunc (vtrum ex humilitate, an vero aliis ex rationibus ducti? alii iudicent) *plumbeas* sibi vindicant. Vsus vero *bullarum* imperatoribus, regibus et pontifici proprius non remansit, principio siquidem seculi iamiam IX. MABILLONIVS (23) ex-

(22) *In reliq. Manuscriptorum, tom. VII. p. 71.*

(23) Vid. *supplem. ad rem diplom. cap. XI.* quo in loco ex actis concilii Cabilonensis II. anno 813. habiti sequentia adducuntur: *Presbyter ad alium locum migrans, literas etiam habebit, quibus sint nomina episcopi & ciuitatis* PLVMBO *impressa.*

exemplum adducit, vbi episcopus *bulla* vsus est *plumbea*. Ab episcopis transiit bulla ad *concilia*, cum ante seculum XV. vix bullæ conciliorum cognitæ, (24) et conclusa ab imperatoribus et episcopis præsentibus obsignata fuerint. Præter *aurum*, *argentum* et *plumbum* nulla, vt dixi, nota est Germanis materia, et ex vltima paucæ reperiuntur. (25)

De sigillis cereis eorumque coloribus.

§. VIII. *Cerea sigilla* signantes in *coloribus* distinxere. Sic cera alba vel potius *flauescens* (26) Carolingicis, Saxonicis, Salicis, Sueuicis et ex sequiori seculo aliquibus imperatoribus grata fuit. Postea episcopi, principes, capitula cathedralia, monasteria, et omnes fere in dignitate constituti, hunc colorem communem habuere. Nec ideo vilescere cœpit; imperatores enim vsum *albi sigilli* per priuilegium aliis concesserunt. (27) Successu temporis etiam balneatoribus

(24) HEINECCIVS *d. tr. P. I. cap. V. §. 17. p. 47. 48.* vbi Pisano concilio originem *sigilli conciliorum* tribuit.

(25) Refert quædam THVLEMARIVS in *tract. de bulla aurea cap. IV. §. 9. & 10.* Præcipue vero notatu digna videtur bulla illa OTTONIS III. ex GOLDAST. *const. imperial.* vbi dictus imperator Sylnestro II. anno 998. octo comitatus obtulit, eamque donationem bulla plumbea muniuit, in cuius vna parte ODDO IMPERATOR ROMANORVM; in altera vero caput hominis cum pilis crispis, spatulis et inscriptione: AVREA ROMA, adparebat.

(26) Lis est, an *candida* fuerint Carolingorum sigilla, an potius *flaua*, quam vero dirimere, sordes, quibus ea obduxit antiquitas, prohibent. *Flaua* procul dubio fuere, ex naturali ceræ colore, cum vix credendum, eo iamiam tempore artem candefaciendi ceram cognitam fuisse.

(27) Sic in IO. BAPT. PIGNAE *hist. principum Estens. p. 544.* legitur, FRIDERICVM V. Maximiliani patrem nouiter a se creato Modenæ et Reggii duci dedisse facultatem

bus donauit WENCESLAVS. Post imperatorem vero modo dictum signauit et SIGISMVNDVS (28) cera alba. (29) Sigilla *rubra* cum FRIDERICO I. (30) procul dubio frequentiori in vsu esse cœperunt, et ius sigilli rubri post interregnum semper magni habitum fuit, (31) vt nemo nunc *privatorum* eo sigillare possit, nisi ex *concessione superioris*, quod cæsares et principes in signum maiestatis et superioritatis eo vtantur. (32) *Viridia* in medio æuo vix reperiuntur, et quæ extant,

cultatem *cera alba* sigillandi. Conf. THVLEMARIVS *in tract. de bulla cap. V. p. 23.*

(28) Vid. GOLDAST. *const. imp. T. II. p. 82.* quodque priuilegium ipse imperator cera alba obsignavit.

(29) Vid. MARQ. FREHERVS *in not. ad bullam auream Sigismundi, imp. de success. comit. palat. ad verb. sigilli testimonio.*

(30) HEINECCIVS *in cit. tr.* memorat, semet vidisse diploma ciuibus Spirensibus a FRIDERICO I. datum, *rubraque* signatum. MABILLONIVS vero *in re dipl. lib. II. cap. XVI. n. 1. p. 135.* Carolingos post Francos iam iam adhibuisse *ceram rubricatam*, testatur.

(31) Quod inde elucet, quia ab eo tempore plures in dignitate constituti priuilegium, hoc sigillandi colore, ab imperatoribus acceperunt. Sic CYR. SPANGENBERGIVS in *chron. Mansfeldensi cap. 348. p. 404.* refert: daß Kayser Maximilian an. 1512. Graff Hoyern zu Mansfeld die Gnade gethan, daß alle Graffen zu Mansfeld hinfort sich Wohlgebohrene schreiben, und mit rothem Wachs siglen möchten und solten, dann sie bis auf diese Zeit nur grünes gebraucht hätten ꝛc. Præter imperatores adhibent deinde etiam pontifices sigillum rubrum in breuibus. vid. HEINECCIVS *d. tr. P. I. cap. VII. §. 6. p. 52.* et STRYK *de cera rubra c. II.*

(32) Vid. modo cit. B. STRYK. *de cera rubra c. I. n. 47. seqq.* HOEPING *de iure sigill. c. III. §. 4. n. 74.*

extant, alio tincta ſunt colore. Hodie hoc vtuntur ciuitates aliaque collegia minora, niſi vſum *ceræ rubræ* docere queant. (33) Alii præterea colores rariſſime occurrunt. (34)

De ſigilli authentici forma.

§. IX. Inprimis vero diſtinguuntur ſigilla *authentica* a priuatis ratione *figuræ*. Carolingici imperatores ad Carolum vſque Craſſum *oualem* hautque ſpatioſam amarunt. (35) Modo dictus vero Cæſar *figuram* delegit rotundam, quam noſtri imperatores ad nouiſſimum demum tempus retinuere, licet circumferentiæ eorum creuerint. Reliqui ordines imperii et conſtituti in dignitate oualibus, rotundis, parabolicis, oblongis, triangularibus, quadratis, et aliis cuiusque ingenio conformibus, ſignarunt figuris. (36) Differant modis quibuscunque, hæc tamen regula ſemper obſeruata, quod priuatis ſigillum ſpatioſioris circumferentiæ permiſſum non ſit. (37)

De ſigilli auth. characteribus.

§. X. De internis *ſigilli authentici characteribus* acturus, potiores claſſium loco ponam, ad quos omnes deinceps obuenientes referri facile poſſunt. Metam tranſilirem, ſi omnes

(33) STRYK. *c. l. n. 39.*

(34) Inueniuntur quidem & per priuilegium conceſſa, ſed vix vni alteriue. Talis conceſſio eſt illa CAROLI V. qui Doctori Stockhamero Norimbergenſi anno 1524. facultatem dedit ſignandi cera cœrulea. conf. HEINECC. *d. tr. P. I. c. VI.* Tempore luctus publici denique *nigram* adhiberi, notum eſt.

(35) HEINECC. *d. tr. P. I. cap. VIII. §. 2. p. 56.*

(36) IDEM *d. tr. & l.*

(37) Vtpote qui ſigillis vel literas tantum obſignant, vel teſtamentis ſignandis adhibiti, pro more ſubſcriptioni ſuæ adiungunt, vel inſtrumentis, in quibus eorum conſenſus declarandus eſt, ea cum ſubſcriptione ſubiiciunt.

mnes quoquo tempore locoque obuenientes ſigillorum characteres deſcribere auderem; ad Germaniam potius me convertens, ſigilla authentica, Carolingorum tempore obuenientia, deſcribam, et cum hodiernis moribus finiam. In temporibus dictis fuere *imagines*, *diui tutelares*, *caſtra*, *et ſigna alia.* Carolingorum ſigilla licet ſimpliciſſima, more tamen Romanorum *caput* ſignantis lauro tectum, ſcite ſculptum oſtendunt. (38) CAROLVS ex his CRASSVS adiecit protomen imperatoris cum clypeo oblongo et vexillo. (39) Poſt creuerunt quaſi imagines in ſigillis. CONRADVS I. ſuperiorem corporis partem exhibet, quod ſeruatum vſque ad HEINRICVM II. vbi maieſtas imperatoria ad ſummum quaſi in ſigillis venit. Hic throno inſidens, ſceptrum regale dextra, ſiniſtra vero globum tenet. Eſt igitur dictus imperator primus ſigilli maieſtatici auctor, ex ſententia B. HEINECCII, (40) cum anteceſſores throno haut inſideant. In ſigillis etiam ſuorum imagines inſculpſerunt archiepiſcopi, epiſcopi, abbates, abbatiſſæ. Principes vero et comites equitantes, ſtantesque in ſigillis conſpiciuntur. Inſcriptiones in imperatorum ſigillis ceu reliqui characteres initio ſimpliciſſimæ fuerunt, et cum a Romana eccleſia fuerint ad fidem Chriſtianam conuerſi, latina lingua conceptæ. Poſt *tituli* fere innumeri iis adiecti ſunt.

(38) MABILL. *de re dipl. lib. II. cap. XVII. n. 2. p. 143.*

(39) Reuocata nimirum fuit orbicularis figura a temporibus Francorum. vid. HEINECC. *d. tr. P. I. c. IX.* §. *27. p. 89.*

(40) Vid. *c. tr. P. I. cap. IX.* §. *38. p. 94.* cuius ſententiam ſecuti ſunt ABBAS GOTTVIC. KOEHLERVS aliique plures.

ſunt. In auerſa parte ſigilli Cæſareum conſpectum ſe dedit caſtellum cum inſcriptione: ROMA. CAPVT. MVNDI. REGIT. ORBIS. FRENA. ROTVNDI. In capitulorum, monaſteriorum & cleri ſigillis adparent *diui tutelares*. Neque minus eos in ſigillis habere, religionis fuit ciuitatibus, ea tamen præ prioribus ſub diſtinctione, vt eos *arcibus* impoſuerint orantes plerumque. Eiusmodi *caſtella* multis ciuitatibus etiam poſt expeditionem vltramarinam remanſerunt. Ab hoc vero tempore in genere, ſecundum plurimorum ſententias, *conſtantia* ſigilla facta ſunt. Imperatores principesque loco imaginum *arma gentilitia* introduxerunt, nec illi, quibus ex armis nulla venit gloria, poſt hanc facile ſigilla mutarunt, ſed ſemper conſtanter ea retinuerunt. (41) Denique quibus autoritate publica *ſigilla authentica* conceſſa ſunt, iis quoque vtplurimum præſcriptum, quo *charactere* vti voluerint, quandoque vero libero id eorum arbitrio relictum, prout hodie notariis, *autoritate imperiali* creatis, electio characteris vel ſymboli relinqui ſolet.

De modis ſigilla annectendi, eorumque numero.

§. XI. Expoſitis *ſigilli authentici* externis et internis qualitatibus, procedimus ad *modos ea ſcriptis annectendi.* Inſtauratores imperii Germanici ſingulari cura diplomatibus ea imponebant. Hæc eo magis neceſſaria fuiſſe videtur tum propter falſarios, quorum nullo tempore defuit copia, in Italia præſertim, imo in ipſis monaſteriis Germaniæ: tum propter temporum iniuriam, ob quam curam ſingularem imperatores adhibuerunt, ne diuturnitate æui eiusque ſucceſſu de-

(41) Vid. PRAESIDIS diſſ. *III. de innou. iur. per expedit. ſacr. C. §. V. p. 46.*

deciderent. In pede igitur membranæ primo incisa fuit figura crucis, post obducebant hanc ex vtroque latere cera, et imprimebant sigillum, quod Cancellarii vel Referendarii signo, ex variis lineolarum et ductuum tricis consistente, cinctum erat. (42) Vsi sunt hoc imprimendi modo ad tempora vsque imperatorum ex Sueuica familia. (43) HEINECCIVS ostendit, quod iam a Merouingicis et Carolingicis sigilla diplomatibus adiecta fuerint, sed quod seculo XII. demum inprimis in vsum venerit, ea filis nectere. (44) Sunt vero fila modo *serica*, modo *cannabina*, modo etiam *membranacea* vel *coriacea*. In prima et secunda ætate Germaniæ nunquam certius in filis seruatus fuit color; (45) nouiori vero tempore plerumque colores, signis gentilitiis proprii, vsitati sunt. Pontifex *cannabina* amat fila in *rescriptis iustitiæ*, bullæ *gratiæ* vero habent ex serico pendentes. (46) Hodie pro diuersa qualitate monumentorum, quæ sigillo authentico munienda, sigilla vel appenduntur, vel absque incisura calci scriptorum imprimuntur, que incisura calci superfusæ et diplomati inhærenti sigillum imponitur. (47) Fit impressio ab officiali, veluti Cancellario vel Referendario, vel eius vicario, qui sua etiam manu subscribit cum ad-

(42) HERTIVS *diss. de diplom. imp. et reg. sect. I. n. 8. p. 12.* BENIAM LEVB. *Stab. Magdeb. n. 1572.*

(43) Vid. *d. tr. P. I. cap. XVI. §. 11. p. 169. 170.*

(44) HEINECCIVS *c. l. § VI.*

(45) MABILL. *de R. D. lib. II. cap. XIX. n. VI. p. 151.*

(46) MABILL. *c. l.* conf. *c. 6. X. de crim. falsi* ENGEL. *in collog. iur. canon. lit. de rescript. n. 17.*

(47) Hic modus sigilla imprimendi sec. demum XVI. in vsum venit. vid. HEINECC. *de tr. P. I. cap. XVI. §. X. p. 173.*

adiecta causa, in qua diploma confectum, et suo nomine. In numero sigillorum veteres variarunt, et, cum eo maioris fidei scriptis inesse crediderint, quo plura haberent authentica signa, factum, vt quandoque plures, qui ad idem negotium *fide sua* concurrerunt, sigilla sua appenderint, et scripta inueniantur, in quibus plus spatii sigillis, quam literis relinquitur. (48) Hodie vnicum vt plurimum sufficit personae principalis nec, ideo *scriptum authenticum* creditur, quod plura habet sigilla, nisi forsan plurium autoritate conficiendum sit.

§. XII.

(48) Inprimis vbi contractus et pacta interueniunt. Sigillant ibi imperii status, Landsassii, quandoque etiam alii id attestantes. Sed non in his solum casibus, in aliis quoque scriptis hic olim inualuit mos. HOEP. *de I. S. cap. IX. p. 197.* Sic nobiles sero demum sigilla adhibuerunt, sed chartas suas quibus ecclesiis et monasteriis nonnihil donauerant, ab episcopis, principibus, comitibus vel dynastis sigillo confirmari curauerunt. KOPP. *differ. inter S. R. I. comites & nobiles immed. p. 271.* Praesertim vero huc referendae *bullae indulgentiarum*, a pluribus olim episcopis vel cardinalibus coniunctim impetratae, et sigillis eorum munitae, quo tot sigillantium liberalitate numerus dierum maior de poenitentiis iniunctis remitteretur. Singuli enim episcopi tantum XL. dies de illis remittere possunt per *c. 14. X. de poenit. et remiss. c. 3. eod. in 6.* cardinales vero centum. Diplomata notatu digna exhibita sunt ex authenticis bullis, in sacrario ecclesiae D. Vdalrico sacratae asseruatis, A PRAESIDE *tom. V. iur. eccles. prot. lib. de poenit. et remiss. §. 23.* seqq. inter quae notabilis est bulla X. cardinalium sigillis munita, cum confirmatione dioecesani ERNESTI, §. 28. adducta, ita vt poenitentes ex hac vnicae bullae liberalitate remissionem poenitentiarum ad MXL. dies impetraverint; si opera pietatis ibidem praescripta impleuerint.

§. XII. Sunt alia præter sigillum, quæ *signi* nomine veniunt, quæque itidem veritatem scripturæ probant. Ad hæc refero potissimum *monogrammata* et *cruces*. *Monogramma* enim nomen titulumque signantis vario literarum nexu refert. (49) *Crux* est figura, duobus ex lineolis semet secantibus, quoad extrema vero æqualiter distantibus consistens. (50) *Sigillum* vero ab his differt, quod ceræ imprimatur, et simulacra, arma, quandoque etiam cruces et monogrammata contineat. (51)

De affinibus sigilli authentici.

§. XIII. Varii denique morbi sunt, quibus sigilla corrumpuntur. Tempus rerum edax, et hominum malitia metalla ac ceram destruit. Hinc opus fuit, vt (I) inuenirentur characteres per artis peritos: (II) sculptura bene excauata: (III) aliqua latente distinctionis notula prædita fuerit: (IV) vt ad materiam sigilli tale quid deligeretur, quod nec

Sigilla ne decidant, et si corrupta vel deperdita fuerint, quid faciendum?

(49) Celeberrimi hactenus viri in illustratione monogrammatum laborarunt, ex quibus inprimis laud. D. BAVDISIVS *in præparat. ad analysin monogrammatum imp. et regum Germ.* forma et ordine plane adcurato et noua ea explicare docuit.

(50) Christianis proprium esse putabant veteres, quodcunque signo venerabili crucis signare. Hinc TERTVLL. *de coron. milit. c. III. p. 102. Ad omnem progressum atque promotum, ad omnem aditum et exitum, ad vestitum et calcatum, ad lauacra, ad mensas, ad lumina, ad cubilia, ad sedilia, quicunque nos conuersatio exercet, frontem crucis signaculo terimus.* Quid? quod IVSTINIANVS notariis iniunxerit, vt venerabile signum crucis instrumentis suis affigerent. *l. f. §. 2. C. de iur. delib.*

(51) Vid. HEINECC. *de tr. P. I. cap. IX. p. 103.*

nec iniuria temporis facile destrui, nec alios ad rapiendum inducere posset: (52) (V) vt sigillum ceræ papyro superfusæ imprimatur, aut loro ex eadem membrana nato et pendenti annecterentur. Quemadmodum autem nil contra has præcautiones satis firmum est, remedia etiam ab antiquo inventa sunt, in casu, si instrumentum propter vetustatem renouari necesse est, vel si sigillum amissum sit. Instrumentum itaque non satis legibile renouatur a iudice ordinario vel eius delegato, (53) et si *principale diploma* sit, mittitur ad eum, a cuius antecessoribus datum: (54) sigillum si sit deperditum, publice hoc indicandum, singulique monendi sunt, ne chartis, sigillo hoc deperdito, per fucum munitis fidem habeant. (55)

CAP. II.

(52) Huic fini maxime inseruiunt bullæ ex plumbo confectæ, in curia Rom. vsitatæ, durabiles, et a furum rapacitate immunes.

(53) *Cap. 16. X. de fid. instrum.*. Modum exempla talia legitime perficiendi, tradit PRAESES *tom. I. iur. eccles. protest tit. de fide instrum. §. 5. sqq.*

(54) *cap. 4. X. de confirm. vtil. vel inutili.*

(55) Qua de causa pontifex in *cap. 6. X. de crim. falſ.* hoc monito instruit episcopum Antiuarensem: *propter quod sic literas apostolicas studeas intueri tam in bulla, filo et charta, quam in stylo, quod veras pro falsis, et falsas pro veris literis modo aliquo non admittas.*

CAP. II.
DE
HIS, QVI AVTHENTICO GAVDENT SIGILLO.

ARGVMENTVM.

I. Quinam ius sigilli authentici concedant? II. Quinam illud inter seculares et ecclesiasticos exerceant? Quibus non competat? IV. Obseruanda in definiendo caractere sigilli authentici, V. in sigillo imprimendo, VI. eodemque custodiendo.

§. I.

Auctoritas sigilli authentici quemadmodum a Carolingicis temporibus ad nostram usque aetatem conseruata fuerit.

S*igillorum authenticorum* vsus *Carolingorum* tempore imperatoribus solum fere proprius fuit; (56) quod *iure maiestatico supremo* omnia regerent priuatiue. Hi eorum fidem sancte

(56) HEINECC. *d. tr. P. I. cap. X. §. XV. p. 121.* Ceterum videtur memoratu dignum, quod in tabulis MABILLONII et abbatis Gottwic. GODEFRIDI, nulla conspicienda sit distinctio ductuum in monogrammatibus Caesarum, et cancellarii subscriptione, ex quo colligi potest, monogrammata per cancellarium picta esse, et sigillum proprie scripto fidem fecisse, id quod Cancell. de LVDEWIG *tom. I. comment. ad aur. bull. p. 200.* sequentibus explicat: So wohl die Dinte als Züge geben es, das die Kayser in ihren Unterschrifften selten mit Hand angeleget, sondern selbige entweder von den Cantzelisten oder dem Ertz-Cantzler hinzu setzen lassen. Dahero der meiste Grund, ob auch damahls ein diploma echt oder unecht gewesen, blosserdings auf das Siegel ankommen ist.

sancte coluerunt, variisque symbolis et imaginibus exornarunt, aliisque eorum vsum concesserunt. Quocirca temporis successu nemini, nisi qui *iure imperii* et *publica auctoritate* gaudebat, concessa sunt, vel ab illis assumta propria auctoritate, qui post extinctam stirpem Carolingicam in territoriis suis *iure imperii* vsi sunt. Sicuti enim vsus *sigillorum authenticorum* dependet ab ipso *iure imperii*, quo quis gaudet, et hoc modo auctoritatem publicam, quæ ab imperio supremo dependet, negotiis tribuit; ita, prout imperii diversa ratio fuit, vel *propria auctoritate* assumta, vel ab imperante aliis, qui *officio publico* subalterna potestate praefuerunt, concessa sunt, vt eis in exercitio muneris sui publici gauderent. Priuilegia quidem, noua insignia conferendi, post tempora belli S. (57) relata sunt ad *reseruata imperatoris*, qui ad nouissimam vsque ætatem ea concedit, vel conferenda comitibus palatinis facultatem dedit: hæc tamen licet *gentilitia* sint, sigillis etiam impressa, minime tamen confundi debent cum *sigillis authenticis*, in exercitio muneris publici tantum adhibendis, quæ ad hunc vsum *speciali concessione* et *definitione* indigent, quoad eos, qui subalterno imperio gaudent, vel iure proprio eliguntur ab his, qui *iure imperii supremi* omnia expediunt. Non negandum, principibus Austriacis (58) et cuique domino territorii (59) iura con-

(57) Vid. PRAESIDIS *cit. diss. de varia iurium immou. per expedit. cruce sign. cap. III. §. V. p. 49. 50.*

(58) Archiducibus Austriæ a CAROLO V. concessum est: Daß sie und ihre Erben und Nachkommen in allen ihren Landen und Gebieten, als eben gemeld ist, Grafen, Freyherrn, Ritter, Knecht, auch daugsame und verdiente Personen, von neuen Edel machen, den-

conferendi insignia competere; ast inde non nascitur vsus promiscuus *sigillorum authenticorum*, fidem publicam negotiis peragendis imprimentium, sed ipsa sigilla hodie adhuc sunt vel *priuata*, ad vsum mere priuatum, vel claudendi literas, vel consensum suum in negotium dandi destinata; vel *publica* seu *authentica*, quibus fides publica negotio cuidam conciliatur. Atque hæc demum illis propria sunt, qui publicis negotiis peragendis, iudicialibus et extraiudicialibus præsunt, a suprema potestate vel assumta vel indulta. Tale sigillum authenticum etiam accipiunt NOTARII, a comitibus palatinis auctoritate Cæsarea, quamuis, vt eo guaudere possint in territorio principum, vt plurimum confirmatione principis indigeant.

Ex clero et secularibus, quibus ius sigilli authent. competat.

§. II. In monarchia ecclesiastica indulget sigillum authenticum pontifex maximus, tanquam caput supremum, vel *immediate* vel *mediate* per legatos a latere missos in prouincias cum imperio sacro, cardinalibus, archiepiscopis, episcopis, abbatibus, abbatissis, prælatis, capitulis, conuentibus pariter ex concessione vel generali (60) vel speciali.

denselben Wappen und Kleinodien mit Schild und allerley Zierheit, Farben und Plaßmerungen geben und leihen etc. Vid. LIMNAEVS *de I. P. lib. V. cap. II. verb.* Auch daß sie ꝛc.

(59) Exemplo hoc probatur Sereniss. March. Brandenburg. qui insignia vrbibus in territorio suo sitis donarunt, apud LIMNAEVM *de I. P. lib. V. cap. 7. in addit. 1. n. 76. p. 824.* et *n. 109. p. 831.* et *n. 120. p. 833.*

(60) Exemplum illustre *generalis eiusmodi concessionis* adfert MATTHAEVS PARIS. *in histor. Anglic. ad annum MCCXXXVII. p. 384.* Etenim cardinalis legatus

sancte coluerunt, variisque symbolis et imaginibus exornarunt, aliisque eorum vsum concesserunt. Quocirca temporis successu nemini, nisi qui *iure imperii* et *publica auctoritate* gaudebat, concessa sunt, vel ab illis assumta propria auctoritate, qui post extinctam stirpem Carolingicam in territoriis suis *iure imperii* vsi sunt. Sicuti enim vsus *sigillorum authenticorum* dependet ab ipso *iure imperii*, quo quis gaudet, et hoc modo auctoritatem publicam, quæ ab imperio supremo dependet, negotiis tribuit; ita, prout imperii diversa ratio fuit, vel *propria auctoritate* assumta, vel ab imperante aliis, qui *officio publico* subalterna potestate praefuerunt, concessa sunt, vt eis in exercitio muneris sui publici gauderent. Priuilegia quidem, noua insignia conferendi, post tempora belli S. (57) relata sunt ad *reseruata imperatoris*, qui ad nouissimam vsque ætatem ea concedit, vel conferenda comitibus palatinis facultatem dedit: hæc tamen licet *gentilitia* sint, sigillis etiam impressa, minime tamen confundi debent cum *sigillis authenticis*, in exercitio muneris publici tantum adhibendis, quæ ad hunc vsum *speciali concessione* et *definitione* indigent, quoad eos, qui subalterno imperio gaudent, vel iure proprio eliguntur ab his, qui *iure imperii supremi* omnia expediunt. Non negandum, principibus Austriacis (58) et cuique domino territorii (59) iura con-

(57) Vid. PRAESIDIS *cit. diss. de varia iurium immon. per expedit. cruce sign. cap. III. §. V. p. 49. 50.*

(58) Archiducibus Austriæ a CAROLO V. concessum est: Daß sie und ihre Erben und Nachkommen in allen ihren Landen und Gebieten, als eben gemeld ist, Grafen, Freyherrn, Ritter, Knecht, auch daugsame und verdiente Personen, von neuen Edel machen, den-

conferendi insignia competere; ast inde non nascitur vsus promiscuus *sigillorum authenticorum*, fidem publicam negotiis peragendis imprimentium, sed ipsa sigilla hodie adhuc sunt vel *priuata*, ad vsum mere priuatum, vel claudendi literas, vel consensum suum in negotium dandi destinata; vel *publica* seu *authentica*, quibus fides publica negotio cuidam conciliatur. Atque hæc demum illis propria sunt, qui publicis negotiis peragendis, iudicialibus et extraiudicialibus præsunt, a suprema potestate vel assumta vel indulta. Tale sigillum authenticum etiam accipiunt NOTARII, a comitibus palatinis auctoritate Cæsarea, quamuis, vt eo guaudere possint in territorio principum, vt plurimum confirmatione principis indigeant.

§. II. In monarchia ecclesiastica indulget sigillum authenticum pontifex maximus, tanquam caput supremum, vel *immediate* vel *mediate* per legatos a latere missos in prouincias cum imperio sacro, cardinalibus, archiepiscopis, episcopis, abbatibus, abbatissis, prælatis, capitulis, conuentibus pariter ex concessione vel generali (60) vel speciali.

Ex clero et secularibus, quibus ius sigilli authent. competat.

denselben Wappen und Kleinodien mit Schild und allerley Zierheit, Farben und Plaßmerungen geben und leihen etc. Vid. LIMNAEVS *de I. P. lib. V. cap. II. verb.* Auch daß sie ꝛc.

(59) Exemplo hoc probatur sereniss. March. Brandenburg. qui insignia vrbibus in territorio suo sitis donarunt, apud LIMNAEVM *de I. P. lib. V. cap. 7. in addit. 1. n. 76. p. 824.* et *n. 109. p. 831.* et *n. 120. p. 833.*

(60) Exemplum illustre *generalis eiusmodi concessionis* adfert MATTHAEVS PARIS. *in histor. Anglic. ad annum MCCXXXVII. p. 384.* Etenim cardinalis legatus

ciali. (61) Ex secularibus authentice signant imperator, rex Rom.

OTTO auctoritate pontificali generale concilium Londini in ecclesia S. Pauli dicto tempore celebrauit, et inter alia huius concilii capita de introductione *sigillorum authenticorum*, in negotiis ecclesiasticis adhibendorum, hæc constituit: *Quoniam tabellionum vsus in regno Angliæ non habetur, propter quod magis ad sigilla authentica credi est necesse, vt eorum copia facilius habeatur, statuimus, vt sigillum habeant non solum archiepiscopi & episcopi, sed & eorum officiales, decani rurales nec non ecclesiarum cathedralium capitula, & cætera quoque collegia & conuentus cum suis rectoribus aut diuisim, iuxta eorum consuetudinem vel statutum, pro varietate quoque cuiuslibet prædictorum habeat vnusquisque sigillum nomen, puta dignitatis, officii, collegii, & etiam illorum proprium nomen, qui dignitatis vel officii perpetui gaudent honore, insculptum notis & characteribus manifestis, sicque sigillum authenticum habeant. Denique illi, qui temporale officium susceperint, puta decani rurales et officiales, sigillum suum, quod tantum nomen habeat insculptum; finito officio ei, a quo habeant officium, continue & sine nota resignent. Sane de custodia sigillorum curam haberi præcipimus diligentem; scilicet vnusquisque per se illud custodiat, vel vni soli, de cuius fide confidat, custodiendum committat, qui etiam iuret, quod fideliter illud custodiat alicui, nec etiam ipse aliquid inde sigillet, ex quo possit alicui præiudicium generari, nisi quod dominus eius prius legerit et viderit diligenter, et sic præceperit sigillari. In facienda vero sigilli copia, fidelis et prouida sit cautela: fidelis, vt indigentibus de facili præbeatur: prouida, vt falsis et fraudulentis penitus denegetur. In principio quoque vel in fine cuiuslibet scripturæ authenticæ sufficientem datam inseri statuimus diei, temporis et loci.* Pariter iam olim Carolus M. episcopis, abbatibus et comitibus imperauerat, *vt singuli haberent suum notarium*, h. e. cancellarium, qui sigillo authentico vtebatur. Vid. capitulare primum Caroli M. de anno DCCCV. c. 3. apud BALVZ. *tom. I. cap. I. p. 421.*

(61) Quod his concedi solet, qui

Rom. imperii vicarii, augusta, (62) electores, duces, principes, comites, imperii liberæ ciuitates, et immediata nobilitas. Porro gaudent hoc iure academiæ, iudicia imperialia, Principes Landsassii, ciuitates, officiales principis, notarii, cancellariæ et collegia a superiore constituta et approbata.

§. III. Ab hoc iure et eius exercitio exclusi sunt, (I) qui ob rationem vel admodum firmam, vel non satis excultam impediuntur. Ad primam classem refero pupillos, furio- *Exclusorum classes.*

qui *collegium* aliquod *publicum*, auctoritate quadam publica et imperio munitum, constituunt: non item, qui iure huius collegii destituuntur. Hac de causa negauit pontifex vsum sigilli authentici presbyteris & clericis Iotrensis ecclesiæ, Meldensis diœcesis, quo tantum gaudebant abbatissa et conuentus monasterii Iotrensis, in cuius præiudicium tali sigillo vti conabantur prædicti clerici, absque concessione speciali, quod improbat HONORIVS III. in *c. 14. de excess. prælat.*

(62) Inter alia iura augustæ eminentiora, habet illa etiam cancellarium suum abbatem Fuldensem, cui ius *authentice* sigillandi concessum. Huius officium ad minimum, cum MALLINKROTO, ad Ottoniana tempora referendum. Dicta enim ætate ecclesia Fuldensis caput inprimis extulit. Titulus quidem serius reperitur in scriptis, nihilominus tamen sententia adducta robore suo nititur, quod simplicitas æui nunquam fere splendidos produxerit titulos. Augustæ de cætero competit ius primariarum precum, de cuius exercitio haut paucæ supersunt epistolæ, quas collegerunt viri celeberrimi, ex quibus inprimis PFEFFINGERVS in *Vitriario illustr. tom. III. p. 97. sq.* plures adducit. Exercet id *autoritate imperatoris*, quem in modum et hodie reginæ Borussiæ in capitulis femininis idem ius competit, ceu docuit PRAESES *tom. II. iur. eccl. protest. §. 105.*

riosos, mente captosque; ad secundam vero minorennes, prodigos aliosque curæ subiectos. Horum loco tutor seu curator, qui eorum rebus negotiisque præest, authenticum sigillum rebus gestis imprimit, (63) si forsan iurisdictione patrimoniali, vel alia qualitate hereditaria gaudent, ob quam *sigillo authentico* fruuntur. (II.) Prohibitum est sigillum authenticum iis, qui fide vel *nulla*, vel *non publica* gaudent. Omni fide destituuntur, qui sigilla vel *adulterina* vel *furtiua* (64) adhibuerunt, vt mereantur *sigilli authentici* iure priuari, (65) vel qui sua malitiose iurato negarunt: (66) qui contra principem et rempublicam aduersa moliti sunt, et denique collegia reprobata inierunt. Fidem vero publicam non

(63) IO. AD. KOPP. *de insigni differentia inter S. R. I. comites & nobiles immediatos obs. III. p. 270.* über Ludov. de Ysenburg et Helwigis collateralis fundation des Closters Marienborn exemplum adducit, vbi nomine filii LVDOVICI, qui nondum annum compleuerat XXI. aui sigillum adhibuerunt. Ad thesin hanc roborandam vide præterea *gloss.* DV FRESNE *tom. III. p. 853. voc. sigillum.*

(64) Quale exemplum adductum est in *c. 5. X. de probat.*

(65) Ex generali doctrina, quod qui priuilegio, sibi concesso, abutitur, eo priuandus sit. *c. 3. de priuil. & excess. priuileg.* Imo in genere huc referri debent, qui officio publico, cuius intuitu *sigillo authentico* vtuntur, priuantur, qua occasione merito hoc ab iis auocandum, ne in fraudem aliorum eo abuti queant. Hoc intuitu quia pontificalis potestas morte quiescit, statim sigilla defuncti pontificis, solenni ritu, confringuntur, ne amplius in abusum trahi queant.

(66) Hoc inprimis obseruatum tempore *torneamentorum*, vbi ab ordine equestri, et ex consequenti ab vsu sigillandi authentice in sigillum peccantes excludebantur, V. LIMNAEVS *de I. P. l. VI. cap. V. n. 98. p. 151.* KIRCHNER *de offic. et dignit. cancell. lib. IV. c. 2. n. 72. et 73.*

non habent ciues, ſubditi, et priuati in genere, qui licet *iure ſigillandi* priuato gaudeant, et quæuis negotia in argumentum dati conſenſus vel teſtimonii priuati, ſigno ſuo corroborare queant, *authentico* tamen non gaudent, vtpote quod tantum ab iis exercetur, qui publica autoritate pollent. Interim eorum inſtrumenta ſubſignante notario vel iudice authentica fiunt. (67)

Officia authentice ſigillantis in ſigillo inueniendo.

§. IV. Officia ſigillantis potiora reduci poſſunt ad ſequentia capita: (I) quid obſeruandum in ſigillo inueniendo? (II) quid in imprimendo? et (III) qua ſollicita cura cuſtodienda ſint? Quocirca 1) neceſſe eſt, vt hi, qui *authentice* ſigillandi iure gaudent, talia aſſumant ſigna, vel aliis concedant, quæ aliorum in præiudicium vergere nequeunt, (68) de quibus ipſe ſuperior concedens diſponit, et characteres vel

(67 Vid. *cap. 2. X. de fid. inſtr.* M. WESEMBEC. *conſ. 14. n. 61.*

(68) Qui ſe alterius *ſigno authentico* læſum putat, in cuius ſolitaria poſſeſſione vel quaſi fuit, per *remedia poſſeſſoria* ſe defendere, vel de præiudicio et iniuria ſibi facta conqueri poteſt. HOEPING. *de iur. ſigill. c. V. §. 2. n. 94. 95.* Quid? quod qui in alterius præiudicium *ſigillo* quouis *authentico* vtitur, conueniri ab eo, in cuius præiudicium hoc vergit, poteſt actione *negatoria vtili*, qua negatur, aduerſarium ſigillo authentico vti poſſe, exemplo abbatiſſæ Iotrenſis monaſterii, quæ conquerebatur apud pontificem, quod presbyteri et clerici eccleſiæ Iotrenſis, Meldenſis diœceſis, *ſigillo authentico* vterentur, cum tamen ipſamet eorum caput et patrona eſſet, et hoc intuitu tantum *ſigillo authentico* vti poſſet *c. 14. X. de exceſſ. prælat.*

vel determinat in proprio ſigillo, vel aliis concedit. Neque tamen in alterius præiudicium ſignum certæ prouinciæ vel terræ aſſumtum dici poteſt, quoties ei controuerſiam facit, vel litem mouet, licet alter iam in eius poſſeſſione fuerit. Pro tuendis enim ſuis prætenſionibus moris hodie eſt, pleniſſimos titulos *prouinciarum litigioſarum* cum ſigillis ſibi attribuere. Habent enim hodie ab antiquiſſimis temporibus prouinciæ et territoria *ſigna authentica*, quibus qui vtitur, oſtendit, ſe vel in eorum poſſeſſione eſſe, vel ad minimum ſibi ius in illa competere, et poſſeſſori litem de illis mouere. (69) Sint 2) characteres legibiles: (70) 3) nulla inuoluant æquiuoca, et 4) dignitati ſignantis conformes. Quia facile, his neglectis, oriuntur præſumtiones, veritati et publicæ fidei contrariæ et derogantes.

Officio in imprimendo.

§. V. In ſigillorum authenticorum impreſſione cauendum, (I) ne impreſſio aliis in rebus fiat, quam quæ ad *officium ſignantis* pertinent; in aliis enim ſigillum, licet authenticum, non probat. (71) (II) Fiat ſigillatio publico iuſſu

(69) Quocirca in *torneamentis* pedetentim incubuit armorum examinatoribus, vt ſigna reprobarent, quæ ipſi nobiles ſibi imperatore inſcio aſſumſerant: LIMN. *de I. P. lib. VI. cap. V. n. 15. p. 190.* quamuis his, qui in *expeditionibus ſacris* occupati fuerant, fas eſſet, ſigna ea ſibi ſuæque genti in perpetuum tribuere, quibus eo tempore vſi fuerant, vnde etiam *ſigna authentica prouinciarum* et *territoriorum* pleraque vſum traxerunt: plura etiam ab imperatoribus determinata et conceſſa ſunt.

(70) Sigillum enim, quod non ſatis ſe oſtendit, non ſatis probat. HOEPING *de tr. cap. VIII. §. 2. p. 181.*

(71) Secundum *reformat. pol.* SIGISMVNDI apud GOLDASTVM P. I.

iuſſu et autoritate eius, cuius fidei ſigillum authenticum conceſſum eſt, (72) quod in iudicialibus inprimis obſeruandum. Sic etiam principes per cancellarium et libellorum magiſtrum ſignant, iudicia vero autoritate præſidis, vel huius vicem gerentis. (III) Sigillum ſit negotio, cui imprimitur, conforme. (73) Sic *cauſis iuſtitiæ* ſigillum iuſtitiæ, in *gratiæ* negotiis illud, quod his deſtinatum, in aliis negotiis aliud adiicitur, quia ſigillum in hoc tantum probat, ad quod eſt deſtinatum publica autoritate. (74) Quandoque tamen imperatores a ſigillo authentico, cuius forſan copiam non habuerunt, abſtinuerunt, idque in ſubſcriptione profeſſi ſunt. (75) (IV) Caute quoque authenticum

ſigil-

P. I. conſt. imp. cap. 15. p. 193. RVLAND. *de commiſſ. P. II. lib. V. cap. 30. n. 12.*

(72) *Cap. 2. X. de fid. inſtr.* Conf. HOEPING. *de I. S. cap. V. n. 8. p. 93.*

(73) *Conſt.* SIGISMVNDI *lib. 2. c. 16. rub.* Die Weltliche *reformation* prouiſum: Eine jede Reichsſtadt ſoll zwey Inſiegel haben, das eine ſoll beſonders das Reich angehören, und das heißt ſigillum ſecretum, darum daß man diß mit verſiegelt, das heimlich in dem Reich gehöret zu thun, als ein Reichsſtatt der andern ſchreiben würde in des Reichsſachen; das andere Inſiegel ſoll der Stadt Zelchen haben, und damit ſiegelt man der Statt Sachen und des Reichs Sachen. GOLDAST. *conſt. imp. P. I. p. 193.*

(74) DECIVS *in cap. poſt. ceſſ. 7. X. de probat.* FELIN. *ad idem cap. n. 4.*

(75) Scriptum extat in WENCKERI *tr. de cancell. p. 377.* a CAROLO IV. ad magiſtratum Argent. directum, in quo formula legitur: Geben zu Nürmberg under unſers heimlichen Vingerlins Zeichen, wann wir unſer Inſiegel ſetzu bei uns nicht enhaben.

sigillum chartis publicis apponatur, cum debita causae cognitione et praeuia matura deliberatione, ne alias fides publica venalis fiat et vilescat. (76) (V) Respondeat sigillatio moribus loci, in quo fit: (77) (VI) sit affinibus probationis conformis.

§. VI.

(76) Locum addam ex religiosi illius imperatoris SIGISMVNDI *reform. polit.* apud GOLDAST. *const. imp. P. II. cap. 15.* Von Insiegeln *p. 193.* Um der Wahrheit nehme man nun Geld anzuhencken, das ist offner wucher, dann man soll kein wahrheit (denn die Brief und Insiegel sind die lautere wahrheit der Sachen) verkauffen: wenn ein sach gericht und geschlicht wird, so soll es mit dem Siegel bestätiget werden. Die Bischöffe verkauffen und versetzen jetzt ihr Insiegel, als allezeit mehr, und gehet es recht um die Insiegel, als um die Zöll, wer es besteckelt, ist offner wucher, darumb ihr Bischöff, Reichsstätt und Herrn, wie sie genanndt, besehend, daß ihr kein Geld von Insiegeln nehmet bey Beraubung des Insiegels Freyheit. Nehmet um rechte Wahrheit nicht, das ist GOtt lieb, und ist recht, Jesus Christus ist die Wahrheit, der hat geoeffnet den rechten glauben mit der Geschrifft seiner manigfaltigen wirden, und versiegelt mit dem manigfaltigen Tod alles umsonst: also wir stifften und bauen sollen die wahrheit auch umbsonst. Imprimis notarii curam habere debent, ne sigillo suo abutantur in causis legibus prohibitis, vel negotiis a fide et veritate aberrantibus, solius quaestus captandi gratia.

(77) Adducit casum HOEPING *de tr. p. 321.* ex camera imp. vbi contra principis consuetudinem sigillum scripto impressum fuerat in causa Herrn Christoph Herzogen zu Würtemberg contra Kayserlichen Fiscal in causa exemtionis, die Grafffschafft Löwenstein betreffend, quando documenta electoris Palat. sigillo munita recognoscenda proponebantur.

§. VI. Sigillum in se spectatum est res inanimata et muta, fidem ab imprimente habens. (78) Ad conseruandam hanc omnino e re fuit, vt non negligenter, sed summa cum cura custodiretur. Hinc ab antiquo viri iis præpositi sunt existimatione et dignitate eminentiores. (79) In principum aulis cancellarius vt plurimum, aliiue præsides collegiorum publicorum, rerumque, quibus fides publica conciliand est; in ciuitatibus imperii consules vel duumviri; (80) in quauis denique vniuersitate publica vel collegio caput vel vice eius publica persona in dignitate constituta penes se illud depositum seruat. Ea vero de causa hoc ab antiquo factum fuisse censemus, quod ex malis custodis moribus non possit non *falsi* suspicio nasci, et fides publica titubare. Crescit eadem suspicio ex ignorantia, si scilicet sigillum negotio vel imprimenti non conueniens adiicitur. Ex negligentia denique, sigillis deperditis inque aliorum manus cadentibus, damna irreparabilia emergunt, vt adeo custodia eorum arctior et sanctior omnibus commendata esse debeat. (81) *Officia in sigillo custodiendo.*

CAP.

(78) WESEMB. *ad §. 5. I. de testam.* ERN. COTHMAN *resp. 23. n. 11. vol. 4.*

(79) EGINHARD *in vita Caroli M.* refert, imperatorem ipsum custodiuisse sigillum, quod gladii capulo fuerit inclusum, CARPZOV. *decis. illustr. 28. n. 19.* Hodiernum in coronatione imperatoris Germanis consuetudo est, vt archicancellarius super baculo argenteo sigilla et typaria imperialia deferat, prandens vero collo appendat, de quo in *A. B. cap. 25.* Nec regnum facile inuenitur, vbi non viris fama eminentioribus sigilla principis fuerint demandata, HOEPING *d. tr. cap. VI. §. 1.* In Gallia notus est *supremus sigilli custos*, der Großsiegel Bewahrer. In Anglia cancellarius regni *sigillum* maius sub sua custodia habet.

(80) ERNEST. COTHMAN. *resp. I. n. 60. vol. 4.*

(81) Quodsi sigillum olim amissum esset, iudicem supremum adibant,

CAP. III.

DE AVCTORITATE SIGILLI AVTHENTICI, ET POENIS FALSARIORVM.

ARGVMENTVM.

I. Auctoritas sigilli authentici. Vsus Maiestatici et Publici. II. Vtriusque fides praesertim ratione probationis. III. Vis sigilli, chartae vacuae impressi. IV. Priuatis principum instrumentis sigillum authenticum non subiicitur. V. In iis negotiis adhibendum, ad quae est publice destinatum. VI. Recognitione non indiget. Quae obseruanda in eiusdem examine? VII. Ex vsu sigilli authentici quinam pendeant effectus? VIII. Exempla falsi circa illud commissi. IX. Varii modi falsorum circa Sigilla. X. Horum poenae.

§. I.

Auctoritas sigilli authentici qualis olim fuerit, et in quasnam diuidatur classes.

Iura nunc explicanda sunt, quae ex *vsu sigilli authentici* deriuanda. Olim apud gentes, quibus sigilla nota fuerunt, nemini licuit suum sigillum, *publicae fidei* caussa, negotio imprimere, nisi illi, qui vel *imperio* gaudebat, vel a principe illud obtinuerat. Hinc nullum, mihi quidem, in historiis notum est exemplum, vbi ius authentice sigillandi alicui concessum fuerit, cui non princeps simul imperium, vel praefecturam,

bant, protestando, ne chartis po- stea confectis fides adhiberetur.

cturam, vel ius *collegii publici*, et bene ordinati dederit. Carolingorum tempore, præter cæsarem, nemo vtebatur sigillo maiestatico. Hinc eius auctoritas tanti fuit, vt modo osculis, modo alia veneratione, eaque humili satis, id exciperetur. (82) Mansit sigilli *auctoritas* et *veneratio* ad nostra vsque tempora, ceu, vt superius ostendi, aurea bulla exemplo illustri de sigillo, imperatori in coronationis solennibus præferendo, declarat. (83) Leges præterea eius auctoritatem

(82) Exempla adducit HEINECCIVS *in d. tr. P. I. cap.* I. §. 4. ex RATPERTO *de casibus monasterii S. Galli p.* 5. vbi: *imperator piissimus* (LVDOVICVS) *cum sigillum sui patris* (in charta sibi oblata) *recognoscendo intuitus esset*, VENERANDO DEOSCVLATVS EST, *circumque adstantibus* SIMILITER HONORIS CAVSA DEOSCVLANDVM CONTRADIDIT. Aliud desumtum est ex PETR. DIACONI *chronico Cassin. lib.* 16. scribente: *Cum autem suscepisset imperatoris sacram*, OSCVLATVS EST SIGNACVLVM, *quod habebat pectusculum imperatoris.*

(83) Ipsa, argumenti loco, tradam A. B. verba: „Ingresso vero „imperatore vel rege ad mensam, „principes electores ecclesiastici, „videlicet archiepiscopi, stantes „ante mensam cum ceteris prelatis, benedicent eandem, secundum ordinem, qui circa hec „eis in superioribus est prescriptus, et benedictione completa, iidem archiepiscopi omnes, si adsunt, alioquin duo vel „vnus, SIGILLA et TYPARIA imperialia siue regalia a cancellario curie recipient, eoque, in „cuius archicancellariatu curiam „ipsam celebrari continget, in „medio procedente, et aliis duobus ex alterutro latere sibi iunctis, SIGILLA et TYPARIA ipsa, „omnes quidem baculum, in quo „suspensa fuerint, manibus contingentes, ea portabunt, et ante imperatorem vel regem reverenter ponant in mensa. Imperator vero, siue rex, eadem „ipsis statim restituet, et in cuius „archi-

ctoritatem satis inculcant, (84) pœnæque adulterantibus

„archicancellariatu hoc fuerit, vt „prefertur, is MAIVS SIGILLVM „collo appensum vsque ad finem „mense gestabit, et deinceps donec ad hospicium suum perueniat ab imperiali, siue regali „curia equitando. Baculus vero, „de quo premittitur, esse debebit argenteus, duodecim marcas argenti habens in pondere: „cuius tam argenti quam precii „partem terciam vnusquisque archiepiscoporum ipsorum persoluet. Et baculus ipse protinus „vna cum SIGILLIS et TYPARIIS „debet cancellario imperialis curie assignari in vsus suos beneplacitos conuertendos. Postquam „autem is, quem ordo tetigerit, „portando SIGILLVM MAIVS ab imperiali cura ad hospicium suum redierit, vt prefertur, statim SIGILLVM ipsum, per aliquem de suis familiaribus, predicto imperialis „curie cancellario remittet super equo, quem iuxta proprie dignitatis decenciam et amorem, „quem ad cancellarium curie gesserit, ipsi cancellario tenebitur elargiri.

(84) Ex iure *ciuili* sigilla talia haud inueniuntur, nisi quod in *l. 21. C. de testam.* hæc habeantur: *Finem autem testamenti subscriptiones & signacula testium esse decernimus: non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum pro infecto haberi conuenit.* Inde glossa *in clement. 1. de iureiur.* et ICti hanc legem diplomatibus etiam, sed admodum incongrue, adplicauerunt. Hinc vulgatum illis est: *literæ non dicuntur expeditæ, nisi sint* PLVMBATAE. HOEPINGK. *d. I. sigill. c. VII. p. 158. 159.* In iure vero *canonico* vnica fere autoritas sigilli authentici adfirmitur; cuius canones, hanc spectantes, passim allegauimus. Germanis a SIGISMVNDO iniunctum in *reform. polit. lib. II. c. 15.* Man soll wissen, daß in Geistlichen und weltlichen Stande alle Dinge bestättiget und befestiget sind mit dem Insiegel, und es bezeichnet auch alle Wahrheit, wenn ein Sach verbriefst ist, so soll es bestättiget werden mit dem Zeichen der Wahrheit, das ist das Insiegel. Brief und Siegel

tibus quouis tempore dictæ sunt grauissimæ. Verum eo ex tempore, vbi Germania in plures diuisa fuit respublicas, et vbi personis in dignitate constitutis sigillum concessum fuit authenticum, sigillis etiam publicis varii et inter se haud æquales tributi sunt effectus, quos tamen, ne distinguendo ordinem egrediar, duobus includam classibus, et authenticum diuidam in *maiestaticum*, et *publicum*. *Maiestaticum* sigillum imprimitur mandatis et rescriptis plurima ex parte, quæ princeps vel respublica subditis tradit, et vindicem præsentem, vel imaginibus, vel signis gentilitiis ostendit. Sigillo autem *publico* vtitur secundus a principe, vel alius quilibet in dignitate et officio publico constitutus, publicam fidem aliorum, suis non item negotiis, roborandi causa, et signum includit vel superioris, vel ab imprimente, veluti notario, electum.

De effectibus sigilli maiestatici et publici.

§. II. Cum princeps subditis suis cum *autoritate* et *imperio* præsit in territorio suo, fidem quoque habet primariam, eiusque sigillum, partibus et scripturæ respondens, (85) I.) plene probat, et promptam II.) operatur executionem. Iudex desuper esse potest etiam sua in causa, vbi tamen attendendum, ne res in alterius graue vergat præiudicium et tertii enormem læsionem. (86) Posthæc examimi-

Siegel sind bey Eiden erkennt, darum sie auch bestehen sollen; aliisque in locis reformationis eiusdem, quibus addas MAXIMILIANI I. *ord. notar. ab ann. 1512. §. 2.* ibi: Und zuletzt das Signet rc.

(85) Sola enim vis in eo posita creditur, vt sigillum verum sit. HOEPINGK *de tr. cap. XI. p. 254.*

(86) Dicitur quidem princeps loqui per os Dei, a quo delegatus est

minandum, vtrum negotium, cui ſigillum impreſſum inuenitur, ſubditum, an non ſubditum, ſeu æqualem concernat. Poſteriori caſu præſumtio, quæ pro principe ex imperio prouenit, in perſona non ſubditi ceſſare videtur, cum in æqualem vel in exterum non habeat imperium. Ceſſante enim imperii iure, quod in contrahendo cum æquali omnino ceſſat, conſideratur princeps neceſſario tanquam perſona æqualis vel priuata, nec euis ſigillum eam habet auctoritatem, qualem ei tribuunt ſubditi. (87) Nihilominus tamen quiuis imperantium comiter maieſtatem alterius obſervat et agnoſcit, atque ſigillis publicis omnem fidem ex communi conſenſu tribuit, vt negotia eo munita plenam fidem habeant, et in negotiis publicis deſiderentur. Quæritur vero: an princeps, dum hereditatem poſt mortem per teſtamentum ſcriptum alicui confert, in ordinanda vltima ſua voluntate, opus habeat ſolennibus, et ſigilli impreſſione? Videtur quidem princeps legibus eſſe ſolutus, adeoque etiam ſolennibus; verum in imperio noſtro tutius princeps ius ſequitur Romanum in adhibendis ſolennibus, cum alias teſtamentum aliorum contradictionibus admodum obnoxium ſit. Sigillum publicum poſterioris generis ratione *probationis* eum non parit effectum, poteſt enim, ſi inſtrumentis appoſitum eſt, per duos vel tres teſtes eius autoritas infirmari. (88)

§. III.

eſt iudex in terris, quemadmodum autem Deus eſt ipſa veritas, ita etiam veritate moueri præſumitur princeps, non mendacio. MENOCH. *lib. II. præſumt. X. n. 3. 4. 5.* Nihilominus tamen princeps, qui de re vel non ſatis eſt informatus, vel indignum principe quid committit, iuſtam cauſam habere non præſumitur. IDEM *d. præſumt. n. 24. 25.*

(87) IDEM *d. præſumt.* X. *n. 26.*

(88) In ſigillis publicis, quæ *con-*

§. III. Sigilla authentica absque instrumento vix probant, neque tamen per se ad eius substantiam pertinent, quamuis ea addere scriptis propter fidem publicam necessarium habeatur, et legibus semper probatum fuerit. Hinc etiam scriptura sigillo confirmata et manu publica confecta, *authentica* dicitur. (89) In principum mandatis maioris momenti inprimis *maiestaticum* requiritur, nec res momentosa absque eo perficitur. Facilius itaque literae, absque *extensione*, quam sine subscriptione et sigillo executionem operantur, quippe quae communi sub nomine *chartarum blançarum* veniunt. Videlicet nonnunquam dat princeps chartas vacuas legatis et commissariis, licet rarius, cum fraus facile earum ope possit committi. (90) Tunc vero char-

Sigillum an absque literis probet?

confirmationis gratia adiiciuntur, recognitione non opus est, per se enim plenam faciunt fidem. *cap. 1. et 2. X. de fid. instrum.* vbi ALEXANDER III. in instrumento *manum* requirit *publicam* et *authenticum sigillum*, *ex quo possit colligi*, *scripturam esse publicam*. Aliter vero sentiendum, si de alterius graui praeiudicio agitur, v. gr. excommunicatione, in qua INNOCENTIVS III. *in cap. 7. X. de probationibus*, *eo vsque standum literis iudicis ordinarii*, censet, *vsque dum probetur contrarium*.

(89) per *cit. cap. 1. et 2. X. de fid. instrument.* vnde fit, vt saepius scriptura et subsignatio sibi aequiparentur, et pro aequipollentibus veniant. *arg. cap. 2. X. de solut.* vbi GREGORIVS IX. *Firmiter inhibemus*, *ne quis praesumat ecclesiam sibi commissam pro alienis grauare debitis*, *aut* LITERAS *alicui* SEV SIGILLA *concedere*, *quibus possent ecclesiae obligari* etc.

(90) Exempla sub WENCESLAO occurrunt; nam officiales indulgentia principis adeo abutebantur, vt imperatori tandem ea etiam ex causa imperium fuerit ademtum,

chartæ vacuæ (die Blancket) officere fid... iudicuntur, si (I) fides, quam princeps mandatario habuit, est nota: (II) si concessa in re, quæ facta, infecta fieri potest. Alias sunt chartæ blancæ in negotiis grauissimis admodum periculosæ, licet enim culpa male actorum sit mandatario adscribenda, pariunt tamen incommoda, in concedentem redundantia. (91)

§. IV.

tum, quod in concedendis *chartis blancis* nimis facilis et negligens fuerit. De facilitate imperatoris referam verba auctoris anonymi, quæ retulit vir consultiss. D. BAVDISIVS in elegantissima *dissertatione I. de monogrammatibus §. XXVIII. n. 39.* Darzu gap der Künig dem Bischoff und den andern Herrn wohl hundert Karten das worent birmente Briefe do nicht angeschrieben stunt und doch versiegelt worent mit des Künigs Manestete Insiegel daran der Bischoff und die andern Herrn mothen thun schriben und manen mit grossen Penen wie sie wolten, als sie auch dotent, also wurden viel brife hie in diesem Bistum geschriben mit worten und mit daten als ob sie zu Prage geben werent. De adempta principi imperatoria potestate GOLDAST. *tom. I. const. imperial. ad ann. 1400. p. 379.* HOTTOM. *de feud. cap. 41. Præterea membranas nudas perplures rasasque, suæ tamen maiestatis sigillo munitas, amicis pecunia vendidit, in quibus cum illis tum aliis, in quorum manus istiusmodi membranæ venerunt sub regio sigillo, quæ scribere vellent, licuit. Qua ex re, ob sacri Romani imperii iurium & emolumentorum damnosam imminutionem & dissipationem, graues querelæ subortæ sunt.*

(91) Præsumitur enim dominus ea, quæ chartæ inscripta sunt, sciuisse, hinc ei ignorantia eorum, quæ inscripta sunt, probanda venit. MENOCH. *de arbitr. iudic. lib. II. cent. 2. cas. 113. n. 5.* MAGER. *de aduoc. arm. c. 9. n. 86.* MASCARD *de probat. concl. 1341, n. 17. seqq.*

§. IV. Regulariter ergo chartæ principum in negotiis, publicam autoritatem desiderantibus, absque *sigillo* non plene probant, valent tamen, si vsus loci et negotii natura non obest. Exempli loco ponam testamentum principis, liberorum causa scriptum, quod etiam inter priuatos sine solennibus conficitur, adeoque ei securitatis causa, non ex legis obligatione, sigillum apponitur. Si vero sigillum instrumento huiusmodi imprimitur, adhibetur plerumque *sigillum minus*, (das Cachet) quia illud non *publicæ fidei* gratia, sed vnice intuitu liberorum suorum confectum est. In testamenti priuati solennibus non legibus solum, sed imperatorum germanicorum etiam constitutionibus impressio septem sigillorum priuatorum, non authentici, inculcatur, (92) licet constitutiones prouinciarum hac in re maxime differant, quæ quandoque desiderant, vt per publicam personam testatoris voluntas excipiatur, et sigillo authentico roboretur.

Instrumentum priuati, quod principi non offertur, authentico opus habet.

§. V.

(92) Necessaria vero non est sigilli authentici impressio in testamento principi oblato, ibi enim solennitas omnis cessat, *l. 19. C. de testament.* quippe quod etiam per procuratorem potest offerri. vid. STRYK. *de caut. testament. c. 8. illustr.* DN. PRAESIDIS *introd. in ius digest. lib. XXVIII. tit. I. §. 14. p. 165.* Ex imperialibus constitutionibus imprimis notabile est in *reform.* SIGISMVNDI *imper. cap. 1.* agens Von Insiegeln. Was verbriefft, und versiegelt wird, das soll wahr seyn; aber man siehet viel und dick, daß man gröߧlich wider versiegelte Brieff redt und thut. Es ist aber von angehend nicht also angesehen, sie sollen ståt und fest seyn; Brieff und Sigel seind bey Eyd erkandt, darum sie auch bestehen sollen.

Sigillum fit iis impressum negotiis, ad qua est destinatum.

§. V. Vt sigillum plene probet, necesse praeterea est, vt causa adiiciatur, ad quam fuit ordinatum. Hinc scriptura, quae alias secundum stylum et consuetudinem loci *sigillo publico maiori*, et subscriptione cancellarii esset munienda, si *sigillo paruo* roborata inuenitur, executionem non promovet, sed suspendit, quoniam auctoritas sigilli est restricta ad causam et officium, ad quod fuit destinatum. Similem dederunt casum veteres ICti, quaerentes: an scilicet custos arcis iis arcem tradere teneatur, qui cum sigillo principis venerunt? Videtur quidem principi liberum esse, quoquo modo vel signo voluntatem suis ciuibus declarare, adeoque sigillum mentis legitimum constituere interpretem. Nihilominus tamen MENOCHIVS hoc negat, et ea quidem ex ratione, quod sigillum non sit ordinatum ad actum illum confirmandum. (93)

Quando authenticum recognitioni subsit, et qua in ea obseruanda.

§. VI. Sigillum authenticum regulariter *recognitionem* non desiderat; si vero confirmationis causa adiectum tantum est alienae scripturae, inspicitur tantum, vtrum forma externa integra et incorrupta inueniatur, (94) contentorum autem agnitione non indiget. Multo minus recognitione opus est in *sigillo maiestatico*, nisi id ab exteris, ex loco scilicet remotiore, veniat, vel antiquius sit. Hisce in casibus solum indagatur, an verum et integrum extet, ad quod eruendum dexteritas et diligentia requiritur. Regulas, quae hic obseruandae, rei diplomaticae gnari complures dederunt, quas annotare supersedeo, quoniam sunt innumerae fere, et in examine sigilli vetustioris circumstantiae in infinitum variare

(93) *Lib. II. praesumt. 57. n. 18.*

(94) vid. HOEPING. *cit. tr. c. 13. n. 174.*

re possunt. Generalia tantum hæc tradam, obseruans, quod sigillum authenticum I) quoad formam externam debeat esse illæsum, et legibile: (96) II) loco consueto appositum, qui plerumque est in fine scripti: (97) III) affinibus respondens: (98) IV) negotio, cui imprimitur, proprium: (99) V) imprimen-

(96) Nascitur inde suspicio, quoniam hoc in casu non intelligi potest, cuius sigillo sigillatum. MENOCH. *de arbitr. iud. lib. 2. cent. 2. cas. 113. et lib. 2. præsumt. 57. in fin.* HOEPINGK. *d. tr. cap. 14. n. 117. et sqq. et cap. 11. n. 285. et 59.*

(97) HOEPING. *d. t. cap. 8. n. 68. sqq.* excipit cameram imperialem, cancellariam et iudicium Moguntinum, vbi sigillum in parte superiore transuersa processibus addi solet: forte quod olim fuerint in modum epistolarum expediti, quæ sigillum in tergo habent.

(98) Scil. contrasigillo, subscriptioni etc.

(99) Si negotio, cui, exempli gratia, maius imprimendum fuisset, minus apponitur, quædam inde emergit suspicio. In pacis transactionibus si omittitur sigillum consuetum, actus suspensio inde emergit, quod anno CIↃIↃCVII. fœderatum Belgium obseruauit, vt refert BAVDIVS in *induciis belli Belgici lib. I. p. 30: Multa fuerunt, ob quæ callidi rerum et publicæ dignitatis obseruantes iudicabant, hanc rationem minime ratam haberi oportere, nec approbationem vllo modo approbandam videri. Culpabatur prætermissio defectusque solennitatum, nequaquam negligendarum in tam graui negotio: quod in papyro, non in membrana, conscriptum instrumentum esset, quasi sumptus aut operæ pœniteret, quodque rex nomen suum subscribere non esset dignatus, vti assolet, quum ad principes scribit iuri suo non subiectos, sed superbum illum titulum subscripsisset:* IO EL RE, *Ego Rex, quasi retinens antiqui iuris, et exprobrans liberis ciuibus crimen perduellionis. Nec abiuit in obsoletum, quod per fastum et contemptum* MINVSCVLO *non* MAIORE SIGILLO *tantæ rei monumentum obsignatum esset, quo iaci debebant fundamenta spernendæ in æternum pacis, inter populos, qui pene per annos*

Sigillum sit iis impressum negotiis, ad quæ est destinatum.

§. V. Vt sigillum plene probet, necesse præterea est, vt causa adiiciatur, ad quam fuit ordinatum. Hinc scriptura, quæ alias secundum stylum et consuetudinem loci *sigillo publico maiori*, et subscriptione cancellarii esset munienda, si *sigillo paruo* roborata inuenitur, executionem non promovet, sed suspendit, quoniam auctoritas sigilli est restricta ad causam et officium, ad quod fuit destinatum. Similem dederunt casum veteres ICti, quærentes: an scilicet custos arcis iis arcem tradere teneatur, qui cum sigillo principis venerunt? Videtur quidem principi liberum esse, quoquo modo vel signo voluntatem suis ciuibus declarare, adeoque sigillum mentis legitimum constituere interpretem. Nihilominus tamen MENOCHIVS hoc negat, et ea quidem ex ratione, quod sigillum non sit ordinatum ad actum illum confirmandum. (93)

Quando authenticum recognitioni subsit, et quæ in ea obseruanda.

§. VI. Sigillum authenticum regulariter *recognitionem* non desiderat; si vero confirmationis causa adiectum tantum est alienæ scripturæ, inspicitur tantum, vtrum forma externa integra et incorrupta inueniatur, (94) contentorum autem agnitione non indiget. Multo minus recognitione opus est in *sigillo maiestatico*, nisi id ab exteris, ex loco scilicet remotiore, veniat, vel antiquius sit. Hisce in casibus solum indagatur, an verum et integrum extet, ad quod eruendum dexteritas et diligentia requiritur. Regulas, quæ hic obseruandæ, rei diplomaticæ gnari complures dederunt, quas annotare supersedeo, quoniam sunt innumeræ fere, et in examine sigilli vetustioris circumstantiæ in infinitum variare

(93) *Lib. II. præsumt. 57. n. 18.*

(94) vid. HOEPING. *cit. tr. c. 13. n. 174.*

re possunt. Generalia tantum hæc tradam, obseruans, quod sigillum authenticum I) quoad formam externam debeat esse illæsum, et legibile: (96) II) loco consueto appositum, qui plerumque est in fine scripti: (97) III) affinibus respondens: (98) IV) negotio, cui imprimitur, proprium: (99) V) imprimen-

(96) Nascitur inde suspicio, quoniam hoc in casu non intelligi potest, cuius sigillo sigillatum. MENOCH. *de arbitr. iud. lib. 2. cent. 2. cas. 113. et lib. 2. præsumt. 57. in fin.* HOEPINGK. *d. tr. cap. 14. n. 117. et sqq. et cap. 11. n. 285. et sq.*

(97) HOEPING. *d. t. cap. 8. n. 68. sqq.* excipit cameram imperialem, cancellariam et iudicium Moguntinum, vbi sigillum in parte superiore transuersa processibus addi solet: forte quod olim fuerint in modum epistolarum expediti, quæ sigillum in tergo habent.

(98) Scil. contrasigillo, subscriptioni etc.

(99) Si negotio, cui, exempli gratia, maius imprimendum fuisset, minus apponitur, quædam inde emergit suspicio. In pacis transactionibus si omittitur sigillum consuetum, actus suspensio inde emergit, quod anno CIↃIↃCVII. fœderatum Belgium obseruauit, vt refert BAVDIVS in *induciis belli Belgici lib. I. p. 30: Multa fuerunt, ob quæ callidi rerum et publicæ dignitatis obseruantes iudicabant, hanc rationem minime ratam haberi oportere, nec approbationem vllo modo approbandam videri. Culpabatur prætermissio defectusque solennitatum, nequaquam negligendarum in tam graui negotio: quod in papyro, non in membrana, conscriptum instrumentum esset, quasi sumptus aut operæ pœniteret, quodque rex nomen suum subscribere non esset dignatus, vti assolet, quum ad principes scribit iuri suo non subiectos, sed superbum illum titulum subscripsisset:* IO EL RE, *Ego Rex, quasi retinens antiqui iuris, et exprobrans liberis ciuibus crimen perduellionis. Nec abiuit in obsoletum, quod per fastum et contemptum* MINVSCVLO *non* MAIORE SIGILLO *tantæ rei monumentum obsignatum esset, quo iaci debebant fundamenta spernendæ in æternum pacis, inter populos, qui pene per annos*

primenti conueniens: (100) VI) an et quomodo sit vel non sit alligatum, et qualis color in filis: VII) num secundum mores loci, a quo venit, sit impressum. Plura dedit HOEPINGK, (101) MENOCHIVS, (102) RVLAND (103) aliique.

§. VII.

annos quadraginta bellum pro libertate, ac legitima sui defensione tolerauerant. Audientiarius regis Ver reyken ingeniose quidem culpam reiicere conatus est in incogitantiam scribae, quem paulo post literae sequebantur archiducum Austriae, postridie kal. CIƆIƆCVII. *ordinum consessui exhibitae, in quibus principes isti non nodum in scirpo quaerendum esse dicebant. Verum ex consilii sententia tandem decretum fuit, actum ratihabitionis imperfectum, multisque necessariis partibus laborantem videri. Vt tamen incommodis obueniretur, illustrissimi ordines tradiderunt audientiario formulas concipiendae ratihabitionis, triplici sermone conscriptas, Latino, Gallico, Belgicoque, vnius eiusdemque sententiae, quas cupiebant esse velut legitimum sacramentum, in cuius verba rex fidem suam obligaret.* conf. IOHANNIS MEVRSII *rer. Belgic. lib. V. p. 269.* vbi haec profert: *Deliberatum hic aliquamdiu, responsumque: omnibus modis fraudem in literis factam videri, peccatum in earum forma, qualitate et substantia, omissa etiam aliquot verba, neque Gallice scriptas esse, nec* SIGILLO MAGNO *obsignatas, nec vniuersalem denique totius negotii approbationem complecti, neglectamque libertatis mentionem, quam archiduces fecissent: ideoque statui abs se nihil posse ante diem Kal. Septembris.*

(100) Redderetur sigillum suspectum, si e. g. notarius patibulum vel carnificem cum gladio et virgis in sigillo haberet, HOEPINGK. *de iur. sigill. cap. 8. n. 5. et sqq.* quoniam in sigillis iudiciorum criminalium insculptum hoc inprimis inspicitur. vid. LIMNAEVS *de I. P. lib. 6. cap. 6. n. 64.*

(101) *Cap. XII. d. tr. §. 11. p. 318.*

(102) *De arbitr. iud. quaest. l. c.* IDEM *de praesumt. lib. II. praesumt. 57.*

(103) *De commiss. part. II. lib. 5. cap. 30.*

§. VII. Ex vsu sigilli authentici præsumitur, I) sigillantem vel iurisdictionem habere, vel in dignitate constitutum esse: (104) II) sigillum suum alteri in instrumento præponentem, eidem etiam dignitate antecedere: (105) III) sigillum alicuius authenticum, scriptis impressum, ipso volente, vel a sigilli custode adpositum fuisse: (106) IV) instrumenta si sigillo confirmata deprehenduntur, rata esse: (107) V) per sigillum malitiose corruptum, imprimentem vio- *Præsumtiones ex vsu sigilli.*

(104) HOEPINGK. *cit. tr. c. 8. n. 73. et sqq. n. 10. et sqq.*

(105) IDEM *d. l.*

(106) MENOCH. *lib. II. præs. 57. n. 7.* hoc de eo casu intelligit, si sigillum magistratus proprium est adiectum. Nam si alterius, tunc requiritur propria attestatio, a quo et quare fuerit adhibitum.

(107) vid. COVARRVV. *pract. quæst. c. XXII. n. fin.* Vsu quoque communi receptum, vt respiciatur, an instrumenta sint subsignata, ob der Tractat unterzeichnet sey. Requiritur autem ex moribus locorum, non nominis solum subscriptio, sed ad inchoatam fidem perfecte dandam, sigilli impressio plerumque necessaria est. Exemplum adducit GERH. von Stökken *in tract. iurid. de sigillis §. XXI. p. 15.* quod dignum, vt apponam, censeo: *Cum aliquando principes Italiæ, contra fidem non modo Francisci G. R. ore confirmatam, sed in tabulis quoque relatam, et regis manu subscriptam capituos se teneri quererentur, responsum illis est, fidem regiam, quamuis inchoatam atque a rege subscriptam, perfecte tamen datam intelligi non posse, nisi* REGIO SIGILLO *obsignata, atque a libellorum magistris subscripta fuerit. Hunc esse in omnibus priuilegiis et publicis monumentis vetustissimum cuiusuis aulæ morem, vt si quid ab ore principis, siue curis, siue negotiis occupati, siue parum de re edocti, forte cecidisset, corrigi queat.*

violari. (108) Vbi vero v. g. in contractibus vel testamentis, abscissum, nec ex coniecturis aliud adparet, præsumtio est, VI) corruptionem per eos factam fuisse, quibus ad hoc potestas competiit. (109) VII) In pecunia deposita et authentico sigillo munita vsuræ quiescere creduntur. (110) VIII) Ex sigilli ablatione munus eo designatum censetur auferri. (111) IX) Si cum principe sepultum, olim denotabat, quod absque prole decesserit. (112)

Ope sigilli authentici dolus et malus, et bonus potest committi.

§. VIII. Tantos vero effectus, quum malitiosi sigillum authenticum in republica producere vidissent, non destiterunt omnem intendere operam, sigillum vt æquare, vel adulterare possent. Hinc in sacris iamiam literis legimus, Iesabilem, postquam intellexit, Nabothum nolle suam vineam, cuius emendæ desiderio rex tenebatur, vendere, literas nomine Achabi regis ad seniores populi dedisse, easque annulo regis obsignasse, quibus, inscio marito, innocentis Nabothi cædem mandauit. (113) Ex Romanorum historiis

(108) Quatenus parem cum principum insigniis cultum habent. HOEPINGK. *d. tr. cap. 10. n. 91.*

(109) Secundum *l. 1. D. de bon. poss. secund. Tbb.* vbi VLPIANVS statuit, tabulas videri non signatas, si testator linum inciderit, quod et in *l. 1. D. de his, quæ in testament. delent.* confirmatur.

(110) *l. 1. §. vlt. l. 7. l. 41. §. 1. D. de vsur. l. 6. l. 19. C. eod. l. 9. C. de solut.*

(111) *c. 56. X. de appellat.*

(112) Exemplum adducit HEINECCIVS ex *Ioh. Wolffii lect. memorab. tom. II. p. 647.* vbi Churfürst Mauriz ist zu Freyberg mit gewöhnlichem Gepränge begraben, neben seinem Vater und Sohn Sel. Gedächtniß, ist auch sein Pitschir-Ring alten Gebrauch nach, dieweil er keinen Leibes-Erben verlassen, beym Grab zerschlagen worden. vid. *tract. de sigillis part. I. cap. I. §. 7. pag. 15.*

(113) *I. Reg. cap. XXI. vers. 8.*

riis obuenit dolus iste PLANCI, Syriæ præsidis, qui in maioris momenti literis nomen adscripsit Antonii, et annulo eius signatorio vsus, hacque occasione cædem Sex. Pompeii mandauit. (114) In Germania præcipui fuerunt falsarii ao. DCCCLIII. sub CAROLO CALVO diaconus Rhemensis ecclesiæ, Rhangefridus, (115) et Domicella, quæ accurate fatis principum sigilla fabricare sciuit. (116) Porro sub FRIDERICO II. imperatore, monachus vagus sigillum adulterabat. (117) Verum quemadmodum in reipublicæ aliorumque damnum adhibuerunt homines malitiosi sigillum, sic quandoque reipublicæ iuuandæ causa dolum commiserunt bonum per sigilla. Multa in promtu essent exempla, nisi me cancellis strictis inclusum scirem. Tantum igitur illud CONSTANTINI M. adducam, qui, cum Byzantium a Romanis habitari voluerit, annulos quorundam equitum occulte sumsit, et hoc modo eos, vt Byzantii viuerent, induxit. (118)

§. IX.

(114) APPIANVS *lib. V. bell. civ. pag.* IↃCCLIII.

(115) BALVZ. in *not. ad capitul. R. Franc. tom. II. p. 52.*

(116) MABILLONIVS *de R. D. cap. 6. n. 6. p. 25.*

(117) HEINECCIVS *de sigillis part. I. cap. 1. §. V. p. 12.* vbi ex PETRO DE VINEIS *lib. 5. epist. 22. p. 577.* verba imperatoris adducit: *Nuper in regno nostro quidam circumuagus inuentus est monachus, qui* FALSAS SIGILLI NOSTRI FORMAS ADVLTERANS, *non absque honoris nostri iniuria et tuae honestatis infamia discurrebat. Vt igitur de* SIGILLO *ipso vlterius flagitiosa figmenta non procedant, ipsum tibi sub annuli nostri clausura transmittimus, et falsarium monachum carceris nostri compedibus mandauimus detineri.*

(118) Locum ex IO. KIRCHMANNI *lib. de annulis* addam, cum CODINI liber *de originibus Constanti-*

 no-

De variis modis sigilla placandi, et falsum committendi.

§. IX. Variis modis sigilla possunt adulterari; hominum enim ingenium, ad innumeros aptum dolos, effecit, vt infaustum hocce artificium ad summum demum venerit. IN-

nopolitanis non ad manus sit. Dignum notatu videtur, quod *cap. XIV. p. 122.* refert: "Magnus „autem Constantinus cum vellet suam ciuitatem Byzantium „maxime a Romanis habitari, annulos cuiusuis viri occulte accepit, et misit ipsos contra Persarum regem, qui vocabatur Sabarus, quatuor magistros, Adum, „Protasium, Scolymbrum, Philoxenum, et octo patricios, Probum, Dominum, Darium, Maurun, Rhodanum, Saltionem, „Modestum Præfectum, Eubulum, cum magno exercitu in „Persiam misit, vbi sedecim menses commorabantur. Magnus „vero Constantinus, legatis Romam missis, vxores ipsorum, liberos et familias vocauit. Constituit etiam opifices, vt domos „ipsorum et loca singula, vbi et „quomodo sitæ essent, in ora ne „maritima vel continente, vt formam structuræ, et quales gradus „essent tortuosi, obseruarent. Assumtis ergo secum familiis vocatorum, Byzantium redierunt, ibique singula simili modo condiderunt, in iisque familias ipsorum habitare iusserunt. Cum „itaque ex Persia potiti victoria „rediissent, et trecenta sexaginta „quinque centenaria allata recepissent, imperator eos conuiuio excepit, illisque dixit: Vultis abire „Romam? probans eos. Illi autem dixerunt, se ante duos menses non reuersuros. Imperator „vero dixit: Vesperi dabo vobis „ædes vestras. Iusserat enim Euphrati accubitori suo, qui et Magnum Constantinum effecerat, vt „vnicuique ædes suas restitueret. „Vt igitur viderunt portas, atria, „gradus, mensuram et formam, „altitudinem, et prospectum fenestrarum Romanis similes, putabant se per somnium esse Romæ. „cum vero et familias suas inuenirent, obstupescebant. Et cum „interrogarent suas familias, et „penitus intelligerent, crediderunt, „non esse phantasiam, sed prudentiam imperatoris, quod inuitos et nolentes degere hic iusserit.

INNOCENTIVS III. nouem ostendit modos, quibus bullæ possunt adulterari, quos etiam fundamenti loco ponam, cum plurium recensio mensuram libelli academici transiret. *Prima species est*, inquit, *vt falsa bulla falsis literis apponatur Secunda, vt filum de vera bulla extrahatur ex toto, et per aliud filum immissum falsis literis inseratur. Tertia, vt filum ab ea parte, in qua charta plicatur incisum, cum vera bulla falsis literis immittatur, sub eadem plicatura cum filo similis canabis restauratum. Quarta, cum a superiori parte bullæ, altera pars fili sub plumbo rescinditur, et per idem filum literis falsis, inserta recluditur intra plumbum. Quinta, cum literis bullatis et redditis in eis, aliquid per rasuram tenuem immutatur. Sexta, cum scriptura literarum, quibus fuerat apposita vera bulla, cum aqua vel vino, vniuersaliter abolita seu deleta, eadem charta cum calce et aliis iuxta consuetum artificium dealbata de nouo rescribitur. Septima, cum chartæ, cui fuerat apposita vera bulla, totaliter abolitæ vel abrasæ, alia subtilissima charta eiusdem quantitatis scripta cum tenacissimo glutino coniungitur. Eos etiam a crimine falsitatis non reputamus immunes, qui contra constitutionem nostram scienter literas non de nostra vel bullatoris manu recipiunt. Illos quoque, qui accedentes ad bullam falsas literas caute proiiciunt, vt de vera bulla cum aliis sigillentur.* (119) Crimen vero falsi alias etiam committit, qui suo sigillo falsi quid confirmat, vnde alteri iniuria, damnum vel præiudicium possit emergere. (120) Praeterea etiam Germanis turpe fuit

(119) *cap. 5. X. de crimine falsi.*

(120) DAMHOVD in *pract. rer. crimin. cap. 122. n. 11.* MENOCH. *de arbitr.*

fuit et indignum nobili, sigillum suum abnegare, hinc in legibus torneamentorum constitutum: **welcher von Adel gebohren, der siegelbrüchig, meinaydig, ehrloß erkanndt, gescholten und dafür gehalten wird, daß derselbe in keinen Thurnier zugelassen werden soll, käme aber einer über solches darein geritten, mit dem soll um sein Pferd gethurniert, und er in offenen Thurnier, auf die Schrancken gesetzt werden.** Ceterum qui sigillo defuncti sigillat: (121) maiestatis qui literas publicas hosti aperuit: (122) hi et omnes, qui in damnum, dedecus aut iniuriam sigillo alterius abutuntur, lege Cornelia de falsis tenentur.

Quæ falsariis imponantur pœna.

§. X. Cum publica fides, quæ in sigillorum deprauatione omnino periclitatur, ad reipublicæ bonum haud infimum pertineat, illaque nil princeps habere debeat sanctius; omnino consequens est, quibusuis poenis suppliciisque in eos animaduertere. Principio imperii Germanici sub Carolingis inueniuntur exempla, vbi falsi crimine accusati summis suppliciis affecti fuerunt. (123) In iure canonico literarum papalium falsarii, *qui per se vel alios vitium falsitatis exercent, cum fautoribus et defensoribus suis anathematis vinculo puniuntur*, et clerici, *qui falsarii fuerunt deprehensi, omnibus officiis et beneficiis ecclesiasticis perpetuo sunt priuati: ita, quod qui per se falsitatis crimen exercuerint, post-*

arbitr. iud. lib. 2. cent. 4. caſ. 306. n. 16. et ſqq.

(121) LIMN. *iur. publ. lib. 6. c. 5. n. 14. et n. 22.*

(122) HOEPING. *cit. tr. c. 14. n. 78.*

(123) Adducit exempla MABILLONIVS *de R. D. lib. I. cap. 6. n. 6. p. 25.* HEINECCIVS *de ſigillis P. I. cap. I. §. V. p. 12. 13.*

postquam per ecclesiasticum iudicem fuerint degradati, seculari potestati tradantur, secundum constitutiones legitimas puniendi: per quam et laici, qui fuerint de falsitate conuicti, legitime puniantur etc. (124) Principis vero sigillum *si adulterat clericus, degradatur is a suis ordinibus, in signum maleficii imprimitur character, quo inter alios cognoscatur: et prouinciam ipsam abiurare compellitur.* (125) Iuxta leges criminales vero respicitur ad personam, cuius sigillum est adulteratum, (126) et modo fustigatione, modo relegatione, (127) modo etiam alio supplicio delinquentes puniuntur.

(124) *cap. 7. X. de crimine falsi.*

(125) *cap. 3. X. eod.*

(126) MENOCH. *de arbitr. iud. cent. 4. cas. 306. et cent. 6. cas. 538. n. 18. 19. 20.*

(127) *v.* CAROLI Peinl. Halsgerichts-Ordnung *art. 112.*

EX-

EXERCITATIO LXVIII.
AD LIB. XXII. PAND. TIT. IV.
DE
SCRIPTVRIS NON LEGIBILIBVS
CAP. I.
DE
CAVSIS SCRIPTVRAM NON LEGIBILEM REDDENTIBVS.

ARGVMENTVM.

DE imperitia Græcæ linguæ in studio iuris. §. I. De vsu eius in iurisprudentia. §. II. De imperitia Glossatorum et Accursiano dicto: Hæc græca sunt, quæ legi non possunt. §. III. De studii critici utilitate in genere. §. IV. Probatur et declaratur exemplis. §. V. Quatenus criticum studium in Iurisprudentia locum inueniat? §. VI. Iudicium de studio critico subiungitur. §. VII. Progressus fit ad propositum thema et quid per scripturam non legibilem intelligatur, exponitur. §. VIII. Quatenus scripturam non legibilem hic consideremus. §. IX. Methodus dicendorum. §. X. Prima causa scripturam non legibilem reddens adducitur. §. XI. Secunda: per notas incognitas scriptura redditur non legibilis. §. XII. De veteri more scribendi per notas et sigla. §. XIII. Tertia: ex descriptione male efformata. §. XIV. Quarta: Omissio interpunctionum. §. XV. Quinta: ex modo

do

do ſcribendi obſoleto. §. XVI. Plures combinantur cauſæ §. XVII. Steganographia quoque ſcripturam non legibilem reddit. §. XVIII. Adduntur vitia extrinſeca ex quibus ſcriptura fieri poteſt non legibilis §. XIX.

§. I.

Qui inter ICtos græcæ linguæ ignorantiam excuſationis quodam genere obtegere intendunt, hos non raro refugium quærere animaduertimus in vulgato illo dicto, quod Accurſio adſcribere ſolent: *Hæc græca ſunt, quæ nec legi nec intelligi poſſunt.* An ſatis prudenter, et erudite, imo ex rei veritate, aliis iudicandum relinquo. Eſt hoc quidem huius linguæ imperitis concedendum, quod ad cauſarum deciſionem græco textu in corpore iuris occurrente non indigeamus, ex decantata ratione, quod textus in praxi ſit receptus, quatenus *latino idiomate* et quidem *vulg.* -, (non ex verſione Haloandrina, quæ alias nitidior ratione ſtyli iudicatur: ſed non æque fidelis quoad ſenſum, STRYK. *ad Lauterb. ad præfat. verbo: verſio latina* et ea ratione adhuc merito in pretio habenda, præſertim collatis iis, quæ neglecta emendarunt et ſuppleuerunt Scrimgerus et Henricus Agylæus *in ſupplem. Nouell.*) inibi expreſſus deprehenditur, tam quoad Novellas, quæ pleræque græce fuerunt compoſitæ, exceptis pauciſſimis vt *Nov. 9. 11. 23. 62. 143. 150.* MVLLER. *ad Struv. Ex 1. th. 68. lit.* T. quam quoad Leges Inſtitutionum et Pandectarum, ARTHVR DVCK *de Vſ. et Autor. iur. Ciu. lib. 1. c. 4. n. 16.* licet vel maxime verſio vulgata cum Græca non reſpondeat, quod aliquoties factum eſſe, res

res ipſa quidem loquitur. Barbaries enim temporum, vbi ius Ciuile Romanum in ſcholis Germaniæ legi cœptum eſt, non permiſit, vt vltra vulgatam ſaperent et Cathedræ et foro addicti, adeoque ſpontaneo motu ab allegatione græci textus in deciſione cauſarum abſtinerent, quam vix legere multo minus intelligere poterant. Proſtant huius imperitiæ reprehendendæ exempla etiam ad noſtras ſcholas deriuata. Quid ineptius eſt quam allegare legem ex pandectis per *ff.* et tamen a veteribus id ita ad nos traditionis quodam iure deriuatum eſt. Scilicet ab imperitis linguæ huius pro græco π. ſubſtitutum eſt *ff.* ſed hoc quidem leuius eſt. vid. CORNEL. VAN ECK ICti vltraiectini *Princip. iur. Civ. de Origin. J. §. 21.* Alia lubens prætereo.

§. II. Veruntamen qui vltra plebem ſapere ſtudent, animaduertunt et huius linguæ aliquem vſum non pœnitendum in iure eſſe, præſertim in illuſtrandis iuribus, vbi latinus textus vel plane intelligi nequit, vel ob variantes lectiones Doctoribus crucem figit, quo caſu eruditi non raro refugium quærunt in libris Βασιλικῶν, quorum leges in foro quidem ad deciſionem allegari non poſſunt, vtique tamen ad genuinam legum Romanarum intellectum non raro plurimum conferunt, et hinc Struvius aliique Iuris interpretes ad illos prouocant. Imo et ipſæ Nouellæ paſſim ex græco textu lucem accipiunt, vti conſtat ex controuerſia decantata, an filiusfamilias de aduentitio peculio irregulari teſtari poſſit? vbi maxime torquetur indoles vocis διοικεῖν LYNCKER *in comment. ad ff. de Orig. jur. §. 10.* Vnde et lingua græca merito a peritioribus commendatur. Expreſſius hoc ipſum pluribus in locis declarauit PAGENSTECHER in ſuis *ſicilimentis* Add. RITTERSHVSIVS *in fin. proem. Nov.*

§. III.

§. III. Et vt demum quædam de flosculo illo vulgato addamus, sane falsum omnino est, Accursium linguæ græcæ fuisse imperitum, adeo vt CVIAC. III. *obs. num. 30.* hunc Græcis et Latinis omnibus anteferre non dubitauerit. Illud quidem fatendum, Glossam pluribus in locis ignorantiam vtriusque linguæ prodere, aut alio modo ineptire, vt proinde non debuerit Idolum iuris haberi, vti quidem habita est GAIL. I. *obs. 53.* BERLICH. *1. Dec. 127. n. 13.* Ast Glossam non vnice Accursio adscribendam esse simul constat, cum et Azo Græcæ linguæ imperitissimus, Rogerius, Martinus, Iohannes, Bulgarus, Placentinus aliique manum huic rei admouerint. Quicquid ergo ex ignorantia linguarum inibi insertum deprehenditur, aliis adscribi meretur. Quid tamen tandem fiet de Accursiano illo asserto? Videlicet exemplar male conscriptum ipsi sine dubio oblatum fuit, vt ita recte dixerit, hæc quidem græca esse, a se tamen ob male efformatas literas legi nec intelligi potuisse. Occurrit hæc glossa *ad §. I. de Emt. V.* verb. *verbis* vbi addit ACCVRSIVS: *Scilicet græcis, quæ legi non possunt;* vbi *additio* male et imperite subiungit: *ab aliquo huius artis ignaro.* Ita enim glossa Accursiana foret absurdissima. Rectius hoc exemplum ad scripturas non legibiles referri debet.

§. IV. Quantum sæpius momentum situm sit in lectione scripturæ accurata, hoc longiori non indigere videtur deductione. Torsit hoc ipsum negotium vehementer ingenia eorum, qui Criticæ arti se totos addixere, et immensis voluminibus certarunt de voculis quibusdam. Omnis generis scientiarumque monumenta plena et referta sunt eiusmodi certaminibus. Certant Philo-

logi enucleationi puritatis linguæ dediti, variasque lectiones in Autoribus Claſſicis annotant, quo referri merentur inſignes labores Cellarii, qui inſtar omnium eſſe poteſt tum in Fabro ſuo, tum in editione Autorum variorum, vbi lectiones maxime probatas ſelegit. Certant plures in hoc humaniorum ſtudiorum genere, inter quos notæ ſunt MVRETI *Lectiones variæ*, HIERONYMI MAGII *Miſcellanea Critica*, SAMVELIS PETITI *variæ lectiones*, RVTGERSII *variæ lectiones*, CASPARIS SCIOPPII *obſeruationes nouæ latini Sermonis*. Eiusd. *lectiones ſuſpectæ*. PETRI VICTORII *lectiones variæ Criticæ*. CASPARIS BARTHII *libri aduerſariorum etc.* Multum ſine dubio quoque huc faceret Lexicon illud vniuerſale, quod ſperatur, et cuius ideam ſeu proiectum, vt ita loquar, vidimus in Lipſienſibus nundinis nuperrimis. Quin et in re ſacra ſtudium Criticum magnæ et multæ ſæpius eſſe vtilitatis oſtendunt ſcripta infinita hanc in rem vbiuis obuia, quo referri merentur Ioannis Clerici labores, et illorum Theologorum, qui per plures tomos rem hanc pertractarunt.

§. V. Nec diffiteor, ſæpius concertationes non eſſe de lana caprina, ſed magnum in deciſione afferre momentum, præſertim quando ſcriptura aliqua ad probandum ex ſcriniis vel Archiuis profertur. Nam eruditiores, qui arti huic operam dederunt, exinde de veritate et falſitatis ſuſpicione iudicare ſolent. Quis tam rudis et ignarus rerum, qui non artes Pontificiorum, quibus pro ſtabilienda Heri ſui autoritate aliquoties vſi ſunt, ex rerum monumentis nouerit. Sæpius ſpuria et adulterina diplomata in medium prolata, ſed ab eruditoribus examinata et vt falſa reiecta. Quo in genere excellit IO. MABILLONIVS, Benedictinus in *Re diplo-*

plomatica, vbi quicquid ad veterem inſtrumentorum antiquitatem, materiam, ſcripturam et ſtylum etc. pertinet illuſtratur et explicatur, qui liber ob antiquitatis inſignia ſpecimina applauſum inter eruditos meritus eſt, mihique hæcce meditanti ex Bibliotheca Conſult. Dn. I. E. Witte Conſiliarii Electoralis meritiſſimi, ex ſingulari qua in ſtudia fertur, beneuolentia ſuppeditatus eſt a conſultiſſimo Viro Dn. Krullio Conſiliario Brandenburgico, Patrono meo venerando, cuius celebratisſimæ Bibliothecæ etiam hoc in labore me multum debere et fateor et grata agnoſco mente. Conſulendi quoque in hac materia ſunt Danielis Papebrochii Ieſuitæ labores critici, in quibus de vera ratione diplomata falſa et ſuppoſititia a veris et genuinis diſcernendi rationes ſuppeditat, vt iam non attingam eos, qui in ſpecie ad certa diplomata animaduerſiones edidere, vti Freherus, Conringius etc. In re ſacra itidem non minoris momenti quæſtiones occurrunt, ſeſe vltimo reſoluentes in variam lectionem loci alicuius ſcripturæ ſacræ. Sufficiat vel vnicum adduxiſſe exemplum. Occurrit *Levit. VIII. 11.* notus ille textus de coniugio compriuignorum vbi communis et vulgata ita habet: *Non deteges turpitudinem filiæ vxoris patris tui genitæ patri tuo e- ita ſororis tuæ.* Sed poſtea inuenti, qui hanc verſionem improbarunt ob vitioſam lectionem textus Hebraici, vt ANTONIVS MATTHAEI, SAMVEL BOHLIVS, ELIAS SCHNEEGAS. In lingua enim ſancta extare dicunt Moledeth non Muledeth, iſtud eſſe participium activæ ſignificationis, hoc paſſiuæ, vt hoc intuitu verſio ita foret efformanda: *poſtquam nouerca peperit patri tuo.* Et ſic diuerſa deciſio eſſet facienda, cum quidem communiter tales nuptiæ inter compriuignos, etiamſi communis adſit frater, non ſint prohibitæ

hibitæ vid. *§. I. de Nupt.* ſed tamen Bohlii ſententiam omnino præferendam eſſe, merito exiſtimo. vid. STRYK. in not. ad Brunnem. *ius Eccleſ. lib. 2. cap. 16. §. 23. p. 638.* et *in not. ad I. §. 8. de Nupt.* THOMAS. *in Iurisprud. div. lib. 3. c. 3. §. 150. ſeqq.*

§. VI. Sed propius accedamus ad noſtram Iurisprudentiam, quæ et ipſa mirifice gemit ſub certaminibus Criticorum. Alii enim infinitas lectiones adducunt, et has præferre ſtudent: alii alia eligunt. Adhuc alii vim textui inſerunt vel corrigendo vel delendo, contra quos claſſicum canunt alii, qui putant verbis non rebus eſſe leges ſcriptas, et ſic de turbis horum caſtratorum querelas vbiuis conglomerant. Sudarunt in hoc ſtudii genere infiniti, inter quos plurimum contulere, qui coniecturas ſcripſerunt, vt ANTONIVS FABER, NOODTIVS etc. item qui variantes lectiones coaceruarunt, quos inter excellit PANCIROLLI Theſaurus variarum Lectionum; et qui emendationes conquiſiuere vti ANTONIVS AVGVSTINVS, ELBERTVS, LEONINVS HERALDVS etc. Sed de his vberiorem diſſerendi occaſionem ſuppeditabit caput ſequens.

§. VII. Equidem in omni ſtudiorum genere a Criticis hic peccari aliquando, nemo inficias ibit, qui ſaltim monumenta eorum intuetur. Eſt lectionis accuratæ ſua vtilitas. Sed tamen duo extrema hic euitanda præprimis iis in ſcriptis, ex quorum lectione non multum intereſſe propendet. Peccant vtique, qui omnem in arte Critica induſtriam improbant: ſed et ſine dubio peccant, qui omnem ſe in hoc ſtudio ſapientiæ theſaurum inueniſſe putant, inprimis in re ſa-

ſacra, vbi dum circa voculas et literas hæremus, partem optimam negligimus. Et hoc intuitu ſæpius huc applicari poſſet dictum: *litera occidit.* Ex hoc malo fit, vt fiant captatores verborum, imo ex termino vnico tot clamores citant, vt crederes, veneni noxii pleniſſimum eum eſſe. Imo magis fidem in cortice, quam nucleo quærant, h. e. in terminis magis, quam vera cordis ad Deum inclinatione. Hisce litigiis Chriſtiana religio a primis fere temporibus infecta fuit et proh dolor! adhuc infecta eſt. Hinc eo maiori opus eſt cautione. Summatim quosdam defectus in arte Critica occurrentes exhibet et perſtringit celeberrimus POIRET in *de Eruditione ſolida ſuperficiaria et falſa* libris, *lib. 2. §. 39.* In ſpecie autem *lib. 3. §. 73.* de Theologia *literali* et *critica* graue adducit iudicium, dum ipſam vocat *arrogantiſſimam fallaciſſimam* et *exitioſiſſimam*, ſine dubio reſpiciens ad hoſce defectus in *hoc §.* notatos. Digna forent verba, quæ hic adiicerentur, ſed ne irritem eos, qui hanc adorant Dianam, ſufficit me ablegaſſe lectorem ſinceriori corde inſtructum ad hæc ipſa loca, monitum illud ſacrum adiungens: *probate omnia etc.* Eo maiori autem fiducia hæc loca commendare volui, quia vidi eadem iam ab THOMASIO in *diſſertatione* libro laudato ſubiecta *p. 43. n. 8.* eſſe laudata et commendata.

§. VIII. Sed audio, quempiam hic in limine diſputationis obiicere, quod hæc a ſcopo meo alieniora ſint, cum Rubrica indicet, me duntaxat acturum de *ſcripturis non legibilibus.* Aliud autem eſſe *incertam lectionem*, aliud vero, *ſcripturam non legibilem.* Sed facili negotio hoc leue dubium diſcuti poteſt diſtinctione inter ſcripturam plane non legibi-

legibilem, quæ nullo modo legi, nec etiam per *extrinſeca media* ſuppleri poteſt, et inter talem; quæ, quamuis primo intuitu non legibilis appareat, extrinſecus tamen intelligi, et ita ſuppleri per coniecturas quamuis incertas et fluctuantes poteſt. Ex hac vltima acceptatione oriuntur incertæ illæ et variantes lectiones, quæ Criticorum ingenia ſæpius torquent. Sed inſtas, ita tamen ſcriptura eſt adhuc legibilis. Imo non eſt. Cognouit id ipſum ſuo tempore VLP. *in l. 1. pr. de his quæ in teſtam. del.* vbi illa quæ extrinſecus quodammodo intelliguntur, non videntur legi poſſe. Conf. diſp. Præſ. *de Contr. non præl. c. 1. §. 3.* Dum enim adhuc incertum eſt, quænam lectio præferenda et verior ſit, vere ſcriptura habenda pro non legibili. Hinc et vtrumque caſum ſub Rubrica noſtræ diſputationis comprehendimus. Sed pergis, ita etiam ſcriptura quæ intelligi nequit, euadet tuo iudicio non legibilis. Equidem plerumque intellectus ſcripturæ ex eius lectione dependet, et contra lectio ſenſum ſcripturæ eruere et inſinuare alterius conceptui debet. Aſt ſcriptura non intelligibilis per ſe quoad ductus literarum quidem ſæpius legi poteſt, ſed poteſt tamen fieri multoties non legibilis, vel ſaltim dubiæ lectionis, dum quod intelligi ob omiſſas vel deprauatas voculas nequit, variis lectionibus anſam præbet, et ita ex poſtfacto non legibile redditur. Quatenus ergo ſcriptura hoc quoque modo non legibilis reddi poteſt, in hac diſputatione non prætermittendum erit.

§. IX. Id autem non neceſſarium eſſe duco pluribus adducere, quod de ſcriptura non legibili hic ſolum agatur, quatenus in effectu iuris intereſſe ſingulare inde erui poſſit. Nam vti alias otioſas quæſtiones merito prudentes declinare

iisque

iisque relinquere solent, qui putant, ingentem sapientiæ thesaurum et iuris peritiam etiam in minimis quæstiunculis v. c. de quonam casu egerit caput secundum legis Aquil. cur Imp. dubitauerit, an sues gregibus annumerari debeant etc. latere; ita et hic ita versabimur, vt semper præ oculo habeamus regulam: de veritate anxie inquirere, quæ nullam omnimodo vtilitatem habet, esse otiosum. Abundet quilibet suo ingenio.

§. X. Cæterum sicuti Medicus ægrotantibus prouidere remediis nequit, nec eorum corpus pristinæ integritati restituere, nisi ante omnia in causas morbi inquisiuerit, operæ pretium esse duxi, hoc capite præmittere causas scripturam non legibilem reddentes, vt in *subseqq.* eo rectius iudicare possimus, qua ratione scriptura non legibilis possit in effectu iuris quid operari, vel etiam saluari. Vtar autem per totam disputationem non nisi ponderibus rationum, et iurium decisionibus certissimis, quibus si fultus fuerim, parum curabo, an Doctorum communi sententiæ assertiones meæ conformes sint, cum nouerim plaustra autoritatum et testimoniorum sæpius indagationi veritatis obesse: inprimis si flosculos veterum et Glossæ absque iudicio sequamur, quos aliquoties pro merito perstrinxit SCHILT. *in pr. iur. Rom.* Conf. in specie *Exercit. 21. th. 23.* vbi reprobandum flosculum Berlichii, quem ille ex ICtis antiquis collegerat, reiicit.

§. XI. Variis autem ex causis scriptura non legibilis reddi potest. Primaria oritur ex vitio eius, qui literas pinxit, qua demum ratione id fiat. Potest scilicet hic varie peccari; inde potiora capita recensenda sunt. (1) Quando

ab eo, qui animi ſenſa literis mandare inſtituit, male literæ efformantur, quod adeo eruditis familiare eſſe ſolet, vt inde ortum ſit πολυτρύλλητον illud: *Docti mali ſcribunt*. An autem et quatenus hoc excuſationem præbeat, inferius excutiemus. Quin et Medicis in praeſcribendis remediis occupatis ſæpius eundem defectum imputari poſſe experientia docet, ex quo tamen fieri poteſt, vt inde ſæpius ægroti in vitæ diſcrimen adducantur, qua de re ſuppeditat elegantem caſum THOMAS. *in diſp. de iur. circa ſomn. et ſomn. c. 5. §. 4. ſqq.* inferius ſuo loco excutiendum. Laborauit hoc vitio quoque Ioannes Præfectus Prætorio, Imperatoris Iuſtiniani officialis, de quo PROCOP. *de bello Perſic. lib. 1. p. m. 147. edit. Baſil.* ita loquitur: *nihil e ſcholis niſi tantum literas ab initio malas et has male didicit.*

§. XII. (II) Quando variis et non cognoſcibilibus in ſcribendo ſignis vtuntur. Solent enim nonnulli certa ſibi eligere ſigna et abbreuiaturas, vt loquuntur, quæ ad celerem ſcribendi rationem ſeu *tacheographiam* faciunt. In hac arte maxime excelluiſſe Libertum Ciceronis, Tyronem Tullium antiquitatis ſtudio deditis notum eſt vid. RITTERSHVS. *ad Nov. pag. 6. c. 2. n. 6.* IO. MABILLONIVS *de re diplomat. L. 1. c. 11. §. 6.* Harum notarum indicem habet GRVTERVS in fine Volum. *Inſcription.* et exſtare adhuc apud Gallos Pſalterium eiusmodi notis conſcriptum refert MABILL. *cit. l.* Inprimis vero hoc ſtudium veteres excoluiſſe, oſtendit BALBIN. *c. 4. Veriſimil. pag. 53.*

§. XIII. Qui per huiusmodi notas ſcribebant, appellabantur *Notarii* Græce, γράφοντες εἰς τάχος διὰ σημείων. vid.

CY-

CYPRIANI Profeff. Helmft. ad difp. *de Siglis c. 1. §. 12.* Altius tamen origo horum Notariorum eft repetenda quam vt primitiuæ Ecclefiæ fcriptoribus hos adfcribere velimus, vti quidem facit CYPRIAN. *cit. l.* Inducti fcilicet primum dicuntur a Cicerone, vt Catonis orationem, quam habebat in Senatu aduerfus Catilinam, defcriberent, vocisque curfum celeritate manus æquarent. ANDR. ALCIAT. *Lib. 8. Parerg. c. 19.* conf. *l. Lucius 40. ff. de milit. teftam.* BVD. *in l. inter eos 33. §. 1. ff. ex quib. cauf. mai.* Exiftimat tamen BERNH. WALTHER *in mifcell. Lib. 2. c. 12.* has notas literas non fuiffe, ceu diferte dici videtur in *l. 6. §. 2. ff. de B. P.* quocum facit etiam HENRIC. SALMVTH *in Comment. ad Guidon. Panceroll. memorabil. Lib. 2. tit. 14. p. m. 264.* exiftimans, *compendia quædam dictionum* fuiffe, dicta tempore Iuftiniani *figla.* Sed ex *l. 40. cit.* liquido apparet, ICtos literas et notas ita diftinxiffe, vt fingulares literas pro *notis*, feriem autem literarum pro *literis* habuerint, quod etiam BERNH. WALTHER *c. l.* agnofcere videtur. Vnde *figla* dici videntur quafi *fingula*, quale exemplum communiter fuppeditant *ex proem. I. in f.* Interim non negamus potuiffe etiam adhiberi alia figna integras dictiones repræfentantia, ceu de Cicerone afferere videtur Salmuth. *cit. l. p. 265.* Vnde et diftinguit quodammodo abbreuiaturas a notis PANCIROLL. *in memorab. l. 2. tit. 14.* De Octauio Augufto refert SVETON. *in octav. n. 58.* quod adhuc diuerfo notarum genere vfus fuerit, qui fcil. *b.* pro *a*, *c* pro *b* et deinceps eadem ratione fequentes transpofuit literas, pro z autem *aa* vid. MABILLON. *de re diplom. L. 1. c. 11. §. 18.* Salmuth. *c. l.* Noftris quoque temporibus hoc ftudium mirifice excultum eft, ceu patet ex tractatu CAROL. ALOIS. RAMSAY de *Tacheographia* feu *arte celeriter et compendiofe quælibet inter*

ter perorandum verba, vt ne vnum quidem excidat, describendi, latine, et gallice. Quo minus vero abbreuiaturæ vulgares et notæ sunt, eo magis scriptura difficultate legendi laborat, vt hinc optimum monitum STRYK. *in Caut. Contr. S. I. c. 6. §. 7.* ne scil. illæ in instrumentis adhibeantur, omnino obseruari mereatur. Cæterum notis et siglis ius quoque nostrum repletum fuisse constat. Bene rem exponit SALMVTH. *ad Guid. Pancirol. memorabil. l. 2. tit. 14. p. 264.* his verbis: *Eo minus etiam mirandum est, scribas et librarios in describendis olim veterum IC. libris notarum compendio vsos fuisse. Quarum intelligentia cum oppressis assidua bellorum rabie literarum et Iurisprudentiæ studiis paulatim obsoleuisset; nec eæ minus difficultatis et negotii legentibus exhiberent, quam res ipsæ notis descriptæ; et multi præterea subtili et varia horum interpretatione in fraudem inducerentur, magnæque insuper iudicantibus et discentibus tenebræ inde offunderentur, diserte probibuit Iustinianus* (scil. in *l. 1. §. 13. C. de V. I. Enucl.* vbi *sigla* et notas vocat *compendiosa ænigmata*) *eiusmodi posthac notis et signis in describendis Iurisprudentiæ libris vti: ne qua malignis interpretibus imperitisue, verborum auertendorum ansa præbeatur.* Hactenus Salmuth, vbi addit, prudenter hoc a Iustiniano constitutum esse, cum si eiusmodi notis efformatos Iuris Ciuilis libros ad nos transmisisset, eorum laqueis paucissimi se expedire potuissent, cum Tribonianus in earum interpretatione frequenter hæsisse deprehendatur, ceu *cap. seq.* docebimus. Imo ipse Imperator *cit. l. 1.* fatetur, quod tales notæ per se et per suum vitium induxerint antinomias. Cæterum ipsum exemplar Florentinum ab hisce notis non alienum esse dicitur, ex quo concludere solent, illud tempore Iustiniani non esse conscriptum. Inprimis vero

ro formulæ antiquæ hiſce ſiglis efferebantur, quarum frequentius fiebat mentio v. c. H. E. R. E. I. Q. M. E. A. i. e. Hanc Ego Rem Ex Iure Quiritium Meam Eſſe Aio. item: A. E. E. C. V. i. e: At Ego Eam Certe Vindico. Proſtat et alia formula diffuſior hæc: S. Q. E. D. R. A. P. P. V. L. O. E. COSS. PRR. TR. PL. Q. N. S. Q. E. V. A. P. P. V. F. quod ita legunt: Si Quid Ea De Re Ad Populum Plebemue Lati Opus Eſt, Conſules Prætores Tribuni Plebis, Qui Nunc Sunt, Quod Eis Videbitur Ad Populum Plebemue Ferant. Sic et illa formula huc referenda: Q. E. R. E. T. P. I. R. D. F. Q. D. D. D. P. F. quod ita explicant: Quanti Ea Res Erit, Tantæ Pecuniæ Iudicium Recuperatorium Dabo Teſtibusque Duntaxat Decem Denunciandi Poteſtatem Faciam. vid. RICCIVS *de libror. Iur. Rom. quant. et qualit. aph. 17.* Qui falſa crimina intendebat, *Calumniari* dicebatur, et ex Lege Remmia pœna irrogabatur *l. 1. §. 1. et 2. ff. ad SCt. Turpill.* ita ſcil. vt fronte inureretur litera *K.* qua *Kalumnia* deſignabatur GOTHOFR. *in not. lit. O.* LAVTERBACH. *ad cit. t.* Populus R. quoque in Comitiis ſuffragia laturus vtebatur hiſce ſiglis: V. R. vti Rogas, vel A, Antiqua. HOPP. *in not. ad §. 4. I. de I. N. G. et C.* Pertinet huc etiam BARTHOLOMAEI SOCINI, Senenſis libellus Lugduni MCCCCXII. excuſus, in quo Regulas iuris Siglorum ope tradidiſſe dicitur vid. Diſp. CYPRIAN. *de Sigl. c. 4. §. 1.* quanquam dubitari poſſit, an eiusmodi ſiglis vſus fuerit, vti quidem Romani. Hactenus enim hanc editionem videre non contigit. Proſtant adhuc huius generis varia monumenta, numismatibus vel lapidibus inſculpta, in quorum lectione hactenus eruditi inſignem impenderunt operam, quæ nec ICtis incognita eſſe debent, quippe antiquitatis Romanæ ſtu-

dium iis omnino commendandum esse suo exemplo docuit IACOBVS GOTHOFREDVS, de quo elegans legi meretur iudicium THOMAS. *in differt. de Næuis Iurispr. Obs. 5. §. 3.* Loquor autem de his, qui non vulgarem eruditionem sequuntur, sed qui iuris Romani placita ex intimis penetralibus Historiæ deducere student. Nam hoc certum est, ad magnam ἀκμὴν etiam Iurisprudentiam nostram ceu et alia studia, peruenisse, vbi ex fontibus genuinis illa illustrari coepit. Explicuit summatim vsum antiquitatis studii in Iurisprudentia BRENEYSEN in programmate, *de Vtilitate Historiæ in Iurisprud.* Conferunt denique plurimum ad legendas et intelligendas eiusmodi notas et abbreuiaturas veterum labores IANI GRVTERI in *face Critica*, HVBERTI GOLZII *in Thesauro rei antiquar.* PRETTENII vt et SERTORII VRSATI, PATAVINI, *de notis et siglis antiquorum* et quæ BRISSONIVS de *Formulis* et *Verb. signif.* alibique summa collegit industria.

§. XIV. Cum ergo hæ abbreuiaturæ et notæ non omnibus sint cognitæ, et deinde male efformandi scripturam ratio hos, qui describendis libris præsunt, sæpissime fallat, hinc (III.) ex *Descriptione* quoque incertæ, dubiæ et variantes lectiones oriuntur. Et quin ortæ exinde sint, dubium esse non potest ei, qui solum editiones varias, Glossatam Haloandrinam imo et ipsam Florentinam Corporis Iuris intuetur. Ipsi enim librarii h. e. qui codicibus describendis operam dabant, vbi imperiti erant, misere sæpe corruperunt vel mutilarunt textum; imo vbi de alicuius vocabuli ambigua lectione dubitabant, duo vocabula pro vno supposuerunt, lectionem genuinam lectoris diuinationi permittentes, quale est *de notis*, *devotis* et alia, vbi alterutrum

trum legendum erat. Atque vt ne lectorem fallerent incautum, sæpius particulam *vel* interponebant, qua innuerent, alterutrum esse legendum. MABILLON. *de re diplom. L. 2. c. 1. §. 9. p. 58.* Hinc Carolus M. *adhuc suo tempore* in *capitulari de Anno 805.* rem animaduersione dignam existimauit statuitque de scribis, vt vitiose non scriberent et vt vnusquisque Episcopus et Abbas et singuli comites suum Notarium haberent MABILL. *c. l. §. 6.* Hinc adhuc hodie tot ac tantæ curæ eruditorum in castigandis et corrigendis MSCtis, quem in censum inter primos referendus FRID. SYLBVRGIVS, qui, quæ edidit, ex ipsis MSCtis et maxime antiquis codicibus accurate emendauit. Quid quod in *de veteri Scriptura* libro plenissime abbreuiaturas veterum legendi modos ostendat, et horum ignorantiæ vestigia apud plures detegat. Sic et Basileæ multi non spernendi libris ex Manuscriptis editi dicuntur, qui tamen ob abbreuiaturas pluribus in locis legi non potuerunt, quod vel ex ipso Iosepho apparet, qui ibi prodiit. Conqueritur grauiter hac de re MABILLON. *cit. l.* adducens verba Bonauenturæ Wlcanii satis rem exprimentia. Nec ipsæ S. literæ ab hisce mendis aliena deprehenduntur. Declarationis gratia vnicum solummodo locum adducere liceat, vbi ipse LVTHERVS in Glossa subiecta fatetur, textum a scribente esse corruptum. Locus est *II. Reg. XXIII. 8.* vbi LVTHERVS ita inquit: da achten wir, der text sey durch einen Schreiber verderbet, etwa aus einem Buch unkentl. Schrifft und von bösen Buchstaben. Und sey also adino für orer und Hæznib für Ethainto gemacht. Denn die Ebræi wol wissen wie man in böser Handschrifft kan Daleth für Resch, Vau für Nun He für Thau und wiederum Lesen 2c.

§. XV.

§. XV. Ad Vitia ſcribentium quoque pertinet (IV.) *Omiſſio ſignorum Diſtinctionum*, quæ alias per commata aut puncta rem eiusque ſenſum diſcernere ſolent. Fit quidem eo ipſo Scriptura non plane non legibilis, ſed tamen lectio ipſa anceps dubia incerta, et hinc facilis via ad alterum vitium, vt plane ex poſtfacto reddatur non legibilis. In ipſis legibus non raro textus inde vim patiuntur, cum conſtet, Pandectas Florentinas nulla ſigna diſtinctionis nullaque interualla habuiſſe ceu tanquam oculatus teſtis obſeruat ANGELVS POLITIANVS *in ſuis Miſcellan. c. 41.* Imo et in ipſa Typographia cum varia excudendi dentur genera, et nonnulla certis ex rationibus ſæpenumero iacentibus exprimantur literis, inde etiam varia anceps et dubia lectio ſua ſponte fluit. Infiniti ſunt labores eruditorum in explananda difficili *l. 69. ff. pro ſoc.* Imo textus adeo miſere a plerisque diſcerptus eſt, vt vix ſibi ſimilis videatur. Sed iam noua expoſitio a LYNCK. producta vitium huius rei collocat in mala excudendi ratione, de qua poſt.

§. XVI. Sicuti autem quæ cognita et vulgaria ſunt, adhuc facilius legi poſſunt, licet verba quodammodo ſint truncata, ita (V) eo difficilior et impeditior lectio oritur, vbi occurrunt tum *verba obſoleta*, tum *modus ſcribendi obſoletus*. Obſeruauit iam MABILLON. *ſæpe laud. tr. L. 2. c. 1. §. 1. ſeqq.* plures vetera diplomata ob Styli barbariem lectu indigna iudicaſſe, imo ipſa fide. Quam tamen ſententiam omnino refellit, origines huius barbariei deducendo in ſeqq. Impediit ſtudium iurisprudentiæ multum, quod LL. XII. Tabb. ob-

obſcuritate inſigni laborarent, cum talia ibidem occurrerent, quæ iam tempore A. GELLII vix legi aut intelligi poterant, ceu teſtatur in *noct. Attic. Lib. 16. c. 10. vbi de verbis* L. XII. Tabb. ASSIDVO VINDEX, ASSIDVVS ESTO PROLETARIA QVOI QVIS VOLET VINDEX ESTO, ita iudicat: *Ego vero dicere atque interpretari hoc deberem, ſi ius Faunorum atque Aboriginum didiciſſem.* Conf. Id. *lib. 20. c. 1.* vbi obſcuritates non culpæ ſcribentium ſemper adſcribendas tradit, ſed inſcitiæ non aſſequentium. Suppeditauit plures emendationes I. GOTHOFRED ad has obſcuras leges in *font. iur. Ciu.* Conf. quoque CONRADI RITTERSHVSII *Dodecadeltos.* Occurrit adhuc notiſſima lex de pactis quæ ita communiter profertur: *Rem vbi pacunto ratanto.* Sed hic difficillimi nodi ceu ipſe fatetur SCHILTER *in Pr. Iuris Rom. tit. de pact. §. 1.* vnde et aliam ſubſtituit lectionem: *Rem vbi pagunt ſeruato.* Addere plura ex iure Romano ſuperſedeo, cum id paſſim plerique confiteantur. Ita enim *Fortunatian. lib. 3.* ait: *Antiqua verba quæ affectabo? quæ non ſunt adeo abolita, vt ſunt in XII. Tabulis et Saliari carmine.* Et SYMMACHVS *lib. 3. ep. 44. ſi tibi Vetuſtatis tantus eſt amor, pari ſtudio in verba priſca redeamus, quibus Salii canunt, et Augures ciuem conſulunt, et Decemuiri Tabulas condiderunt. Iam dudum his renunciatum eſt et ſucceſſio temporum placita priora mutauit.* Ex iure Allemannico plura peti poſſunt huc pertinentia tum ratione abſoletorum verborum, tum obſoletæ rationis ſcribendi. Quantam induſtriam in hiſce enucleandis et rite conſcribendis poſuerit antiquitatis patriæ peritiſſimus, IO. SCHILTER tam in *Prax. Iur. Rom.* quam in *Codice Iuris Feud. Allemann.* alibique, meo non indiget teſtimonio. Inſeruire quoque huic ſtudio poteſt Carolus du Freſne in ſuo *Gloſſario* qui

verba barbara, præsertim in iure feudali occurrentia summo studio collegit et explicuit. Optandum foret, vt, postquam ita ex tenebris iura Allemannica quasi ad lucem producuntur, et ita infinitæ iuris Romani subsidiarii subtilitates non receptæ euidentissime ostenduntur, tandem plenissima iuris patrii vbique accederet cognitio, et illud, quod Regulæ vicem subire deberet, non negligeretur. Quoad *modum scribendi obsoletum* varia quoque impedimenta adhuc superesse, antiquitatis studio deditis non ignotum est. Præstitit tamen hoc in antiquitatis studio multum supra laudatus MABILLONIVS de *re Diplomatica*, vbi libro quinto *p. 343.* admiranda diligentia congessit plura veterum scripturarum specimina, et ex ipsis Pandectis Florentinis *pag. 357.* quædam etiam adiecit. Subiunxit deinde passim ipsum alphabetum ex scriptura antiqua exstructum, vt ita faciliori via ad lectionem, alias valde obstructam et difficilem, quis peruenire possit. vid. *p. 347.* Sed tamen et nonnulla documenta, vti Dagoberti Regis *p. 374.* adiecit, quæ multis lacunis laborant et vix amplius legibilia sunt, quo et Clodovei *p. 376.* merito referendum. In specie de Longobardorum scriptura asserit, quod non ita fuerit legibilis aut purgata *l. 1. c. 11. §. 8.* Superesse fertur quidam codex Corbeiensis qui literis plane barbaricis mediocrisque magnitudinis scriptus est ita inter se connexis et per quædam notarum compendia pluribus expressis, fere vt lectori sit divinandum. Id. *c. l. §. 9.* vbi etiam de charactere Merouingico difficilis lectionis quædam addit.

§. XVII. Nocet porro integritati lectionis (VI) *Chartæ et atramenti vitium*, illius quidem, si adeo tenuis sit vt cor-

corruptioni facile ſit obnoxia, præſertim in ligaturis: huius, ſi adeo pallidum ſit, vt iuſtum colorem atramenti amittat. (VII) Accedens *Raſura* vid. *Ordin. Maximil. I.* von Notarien, §. Die Notarien ſollen. (VIII) *Inductio* vel *deletio l. 1. pr. ff. de his quæ in teſt. del. et induc.* ita ſcil. facta, vt auferat lectori facultatem legendi. Sed de his ſuis locis pluribus. Proxime huic accedit (IX) *Interlinearis ſcriptura*, quæ quandoque ob deficiens iuſtum ſpatium ſuſpectam incertam et difficilem lectionem inducit, quæ omnia ſaltim tetigiſſe hic ſufficiat, infra ſuis locis plenius excutienda.

§. XVIII. Difficilem quoque et plane deſperatam lectionem efficiunt *Steganographicæ artes*, quæ hodie ſunt frequentiſſimæ et arduis in negotiis adhiberi ſæpenumero ſolent. Sed et non raro ad delicta peſſima perpetranda viam parant, et tunc eatenus conſiderationem Iuridicam non effugiunt, vti ſuis docebitur locis. Conf. HILLERVS in *Myſterio artis Steganographicæ*, et quæ KIRCHERVS et SCHOTTVS in *ſchola Steganograph.* et inprimis Sereniſſimus Autor ſub nomine GVSTAVI SELENI in Cryptographia, vbi Steganographiæ a IO. TRITHEMIO conſcriptæ enodationem conſtruxit, hac de re ſuppeditant. Imo cum hodie contra hæc myſteria non deſint ſubſidia, vi quorum tandem hæc myſteria legi poſſunt, quale me legiſſe memini in ERASMI FRANCISCI luſtiger Schaubühne, alia inuenta ſunt ſcribendi genera per Ziffras, coloribus ſuis variantes, quæ etiam hodie ad Principum arcana occultanda plurimum faciunt Conf. GVID. PANCIROL. *L. theſ. var. lect. lib. 1. c. 30.* et SALMVTH. *ad cit. Aut. memorabil. lib. 2. tit. 14. p. m. 265.*

§. XIX. Et hæ quidem principales causæ ex ipsius Autoris vitio vel destinatione scripturam reddunt non legibilem, vel saltim talem, cuius lectio est anceps et incerta. Sed vero etiam *extrinsece* variis casibus scriptura non legibilis reddi potest, prout breuibus declarabimus. Occurrit hic primo loco *vetustas*, quæ sicuti omnia corrumpit, ita etiam instrumentis vel scripturis nociua esse potest. Qui Archiuis scriniisque Principum præsunt, hac de re testimonia suppeditare possunt. Imo inde esse puto, quod tam plura diplomata in lucem edantur, in quibus lacunæ non vnæ conspiciuntur, ceu nec id infrequens esse solet in Autoribus antiquis, ex Manuscriptis Codicibus recenter editis, vti vel ex ALEMANNI editione Α'νεκδότων PROCOPII constat. Inprimis huc pertinent (1) arrosiones murum, vbi conf. STRVV. *differt. de Muribus.* (2) quando Scripturæ in humidi loco asseruantur, ex quo non possunt non corrumpi, (3) quando per diuturnum vsum lacerantur, in quo rustici suam prodere solent inertiam, (4) incendio corruptæ Scripturæ, quo malo multa egregia periere scripta, sicuti et idem de nostro Triboniano prædicant, quod veterum ICtorum libros, ex quibus Digesta concinnauerat, omnes ad vnum flammis destinauerit, gloriam sine dubio inde vanam capturus, vel vt dicam quod sentiam, videtur, si verum narrant, eo ipso voluisse præcauere, ne ex collatione ipsorum ICtorum cum centonibus in Digesta relatis insignes animaduerterent nævos huius Exquæstoris venerandi, quod Tribonianistis solatium ingens præbere potest.

CAP.

CAPVT II.
DE
LEGIBVS NON LEGIBILIBVS.

ARGVMENTVM.

REbus non verbis leges esse positas. §. I. Obiectiones Criticorum recensentur. §. II. Magis respiciendum esse in legibus ad mentem quam ad verba. §. III. Explicatur l. 6. d. V. S. §. IV. Num ad antinomias conciliandas Criticorum labores quid conferant? §. V. Quatenus Criticorum labores vtilitatem in iure præbeant? §. VI. Num leges desperatæ lucem accipiant per manus Criticorum §. VII. Exemplo res illustratur §. VIII. Criticorum studium incertam sæpe reddit Iurium decisionem. §. IX. Subsidia vulgata ad variantes lectiones enucleandas recensentur. §. X. Num pro euoluenda veriori lectione legis alicuius recurrendum sit ad Florentinam editionem? §. XI. Næuus Iurisprudentiæ nostræ ex tot variis et difficilibus lectionibus §. XII. In lege plane non legibili cessat interpretatio doctrinalis §. XIII. In legibus difficulter legibilibus quænam adbiberi possint subsidia §. XIV. Emendatio verborum in legibus admittenda, vbi absque corruptione sensus fieri potest §. XV. Si de ratione legis constat, frustra laboramus de verbis. §. XVI. Num in praxi recurrendum ad veriorem lectionem, an vero vulgatæ erroneæ insistendum §. XVII. Leges ita scribendæ, vt quilibet eas legere possit §. XVIII. An obseruantia iudicialis hic interpretationem facere possit? §. XIX. Respondetur Con-

traditioni apparenti §. XX. An IC. debeat legere et intelligere priscam linguam §. XXI.

§. I.

Non verbis sed rebus tantummodo legem poni dicitur in *l. vt nullo 28. C. de Vsur.* Sic ergo Criticorum labores circa verba aut lectiones legum versantes nihil ad integritatem iuris conferunt? Quidni conferrent, cum de verbis adeo sæpe litigent Critici, vt integra volumina ad integritatem iuris conseruandum hac de re ediderint, et ne iota quidem debere deperire ex corpore nostro iuris existimauerint. Bonum factum! modo expeditum foret, voluminum plaustra ingentia sua non destitui vtilitate. Integritati iuris sine dubio melius consulerent, si rebus non verbis positas esse leges plurimi attenderent, et non tot tantosque fluctus ne dicam superos et Acheronta sæpe in re minima mouerent, prouocantes ad suam scholam, quasi damnum ingens Iurisprudentiæ inferretur, et res magis inuolueretur, quando quis non præcise cum schola i. e. secundum vulgatum Dd. loquendi morem et flosculos Glossatorum loqui amaret, et ita pedantissimum vulgatum sequi. Sed felicitas seculi libertatem in re literaria restituentis fecit, vt huiusmodi improbationes parum attendantur. Loquantur glossatorum admiratores cum glossa et schola; Sed et alios, qui non eodem gustu hosce flosculos admirationi habent, ad verba non præcise alligent. De gustibus enim non est disputandum.

§. II. Videamus tamen quibus me obiectionibus obruant Critici. Num tu, inquiunt, tot tantorumque virorum labores despectui habes, qui id maxime egerunt, vt legem lectu

lectu difficilem suo pristino nitori restituerent, et sic vt intelligi optime possit, effecerunt. Accurata enim et vera lectio aduersus Antinomistarum tela clypeum forte praebet, eosque funditus percellit, quale exemplum occurrit in *l. iusiurandum. 34. §. 4. ff. de iurei.* vbi pro *neque* omnino legendum *aeque*, vt contradictio euitetur. Imo cum leges interpretamur, non tantum ad mentem, sed etiam ad verba respicere debemus. Verbum enim *ex legibus* sic accipiendum est tam ex legum sententia quam ex verbis *l. nominis 6. §. 1. ff. d. V. S.* cum verba sunt inuenta, vt mentem exprimant, mentique et sententiae loquentis inseruiant *l. scire oportet. 13. §. 2. ff. de excusat. tutor. l. 7. ff. de supell. legat.*

§. III. Si Brocardicis certandum foret, plura hic regerere possem. Respondeat pro me vnice CELSVS in *l. 1, ff. de LL.* Leges scire, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Sic ergo nec scire leges est, varias et ancipites tenere vel anxie inquirere lectiones, sed vim ac potestatem; hoc est mentem et applicandi peritiam. Ast mens ex verbis colligitur? Sunt vtique verba character animi. Sed si mens legis iam satis haberi potest, si euidentia rei ostendit adhibitis verae interpretationis Regulis, quem per se ferat sensum lex, cur in verbis haeremus. Si vero sensus corrumpitur ex lectionum diuersitate, et tot impedimenta occurrunt, quae saluis interpretationis legibus remoueri nequeunt, cur operam et oleum perdimus in re explicatu impossibili. Qui eiusmodi lectiones ancipites ad enodandos textus corruptos obtrudere volunt, reuera peccare videntur in iura Principis, cui soli interpretatio authentica in iis, quae obscuritate inexplicabili laborant, relicta esse debet. *l. f. C. de LL.*

§. IV. Valde autem impertinenter hic adducitur *l. 6. §. 1. d. V. S.* cuius ſenſus eo tendit, non præciſe in interpretatione verbis inhærendum eſſe, ſed etiam illud ex legibus dici, quod per interpretationem legitimam præter verba inde deduci poteſt, quo etiam faciunt *l. 10. 11. 12. 13. ff. de Legibus* conf. diſput. Præſ. *de Teſtament. non prælect. §. 24. ſeqq.* vbi id ipſum fuſius declaratum. Anima legis eſt eius ratio: de hac ſi conſtat, ICtus hanc tuto ſequitur, et lectionibus variantibus et incertis tempus non dicat. Abeant ergo Leguleii, qui ſemper verba Legum crepant, et verbis ineſſe ſingularem emphaſin et virtutem vbique putant, nam hi glebæ verborum adſcripti reuera ſeruili ingenio præditi videntur, cum vera prudentia iuris deſtituantur.

§. V. Specioſior eſt obiectio de Antinomiarum remotione, ad quam omni ſtudio et ſubtilitate procliues eſſe debemus ſecundum monitum Imperatoris *in l. 1. §. 8. et l. 2. §. contrarium. 15. C. de V. I. enucl.* Sed alii recte hic obſeruant: *Leges corrigere non eſſe leges conciliare.* Et deinde qui omnes neruos ingenii in conciliandis Antinomiarum ſcopulis intendunt, quid quæſo aliud efficiunt, quam iurisprudentiam miſeram, laceratam, fluctuantem, dubiam, et Sophiſticis interpretationibus repletam, ceu iam ab aliis obſeruatum fuit. Certe hic optime applicare poſſes vulgatum aſſertum: *Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim.* conf. THOMAS. *Neui Iurispr. in præfat. §. 9. n. 8.* Vnico ſolum rem liceat declarare exemplo. In *l. veteribus 39. ff. de pact.* dicitur: Obſcuram et ambiguam pactionem venditori nocere, quod idem quoque aliis in legibus inculcatur vid. *l. 21. et l. 33. ff. de contrab. Emt. V.* Sed valde obſtare videtur *l. ſi in em-*

tione

tione 34. pr. eod. vbi *pro venditore* in dubio pronunciandum dicitur. Vt hanc antinomiam conciliet CVIAC. *1. Obſ. 10.* putat legendum eſſe, *quem emtor intellexerit;* quam emendationem rurſus reprehendit FORNERIVS *2. ſelect. 18.* Et ita ſi hiſce interpretandi modis inſiſtendum foret, quænam demum ſuperforet certitudo. Hi ſunt fructus ex nimio pruritu Antinomias conciliandi orti, cum tamen ſi ſolum ad rationem ICtorum hisce in legibus animaduertere vellemus, facilis ratio eſſet, has obſtantias apparentes remouendi. Sed de hac materia, qua ratione *interpretatio facienda ſit contra eum qui clarius loqui debuiſſet*, propediem ſpeciali diſputatione ediſſeram.

§. VI. Nec me deterret hic tantorum virorum mihi obiectorum auctoritas, quippe quæ ſine ſufficienti ratione non ſufficit. Neque etiam omnem eorum labori detraho vtilitatem, cum certum ſit in horum ſcriptis Criticis plura occurrere ad antiquitatem hiſtoricam ſpectantia, qualia ſæpius ingens lumen ad intelligendos textus conferunt, ceu vel ex PANCIROLL. *Theſ. var. lect.* conſtat. Et deinde non raro coniecturas haud improbabiles afferunt, ex quibus ſuccurri poteſt difficultati legum. Sed coniecturæ ſunt, dubiæ incertæ et ſic, cum priuati hominis ſunt, omni autoritate quoad vim legalem deſtitutæ, adeoque incertitudinem Iurisprudentiæ non tollunt. Theoreticis meditationibus inſeruire poſſunt: an autem iudex hic in biuio poſitus pro lubitu lectionem hanc vel illam in decidendis controuerſiis eligere poſſit, infra videbimus.

§. VII.

§. VII. Sed tamen aliud mihi obstaculum hic remouendum superest. Nihil accommodatius esse dicunt explanationi legum, quæ plane desperatæ sunt, nec legibiles aut intelligibiles, quam Criticum artificium. Posse quidem admitti in legibus per se intelligibilibus, superuacaneam sæpe esse operam criticorum, et nullum inuoluere interesse, num ita an ita legatur: ast cum dentur leges damnatæ sec. versiculum:

Damnetur *Mater* damnetur *lectaque Frater*.
Damnetur *Gallus* damnetur *Filius* eius.

et adhuc plures hic non recensitæ, quæ absque opera Criticorum intelligi nequeant, hic sine dubio aliud dicendum. Leges enim ab omnibus debere intelligi *sec. l. 9. C. de LL.* Ergo omnia admittenda, quæ ad illas intelligendas faciunt.

§. VIII. Vtique deberent intelligi ab omnibus. Modo possent. Leges idiomate latino scriptæ sine dubio Romanis cognitæ esse poterant. Sed quomodo Germanis, qui diuerso vtuntur idiomate? Sed dicis per ICtos sec. *l. 9. §. 3. ff. de I. et I. Ign.* Ast difficilis est ratio, in iis quæ cognitu necessaria sunt, semper interpretem adhibere. Sed hæc quidem nunc vlterius non tangam. Dictum de abusu huius legis in disp. Præs. *de Contr. non præl. c. 2. §. 8.* Videbo solummodo an artificium criticum medium sufficiens sit ad enodandas et explanandas leges desperatas. In medium quidem iam proferam *l. cum societas 69. ff. pro soc.* de qua CVIAC. *l. 4. Obs. c. 17.* ingenue fatetur, eum, a quo tempore iuri Ciuili operam dare cœperit, nullam legem diutius torsisse, quam hanc, nec se plane nunc audere dicere, a se eam esse intellectam. Idem et alii fassi sunt. Ad intellectum ergo huius legis plurimi manum criticam afferunt et infinitis modis variantes lectiones

nes obtrudunt. Alii pro *epulas*, *empalas* legendum putant. adhuc alii pro *nundinas*, *quatriduanas*. Alii pro particulis *id est*, *idem*. Cuiacius autem pro vocibus: *eosque a negotio dimitteret* ſubſtituit: *ad negotium dimitteret:* vel vti Haloander: *eosque ad negotium admitteret*. Alii ad transpoſitionem verborum finalium confugiunt. Alii denique retenta lectione vulgata refugium quærunt in verbis illis: *ſi eas eis non ſoluerit*, putantes hæc pariter ab editoribus *curſiuis literis* exarari debuiſſe, vt partem formulæ emtionis contineant, vti nouiſſime LYNCKER in peculiari tract. ad *b. l.* Hic vere dicere quis poſſet: *quo me vertam, neſcio:* Tot enim ſunt Criticorum fluctus hac in re, et ita miſere lacerata eſt et caſtrata hæc lex per manum Criticam, vt merito ad leges non legibiles nec intelligibiles reduci mereatur, quamuis LYNCKERI ſuppetiæ non adeo improbabiles videantur, ſubtili ingenio excogitatæ; Certe ſi illa lex haberet Autorem Paulum, poſſemus hic vti verbis RAPHAELIS FVLGOSII ad *l. 17. ff. de inoff. Teſtam.* ita ſcribentis: *ſi bene non intellexiſtis textum, eum legetis ter et quater et ſonabit vobis, ſic enim eſt mos Pauli et ſi haberem eum in manibus, eum per capillos interrogarem*, et paucis interiectis: *Iſte maledictus Paulus ita obſcure loquitur vt vix poſſit intelligi.* Sed cum VLPIANVS huius legis Autor referatur, hic vero alias obſcuritati non ſoleat nimis indulgere, coniectura ducor, hunc textum omnino per manus deſcribentium corruptum et inde intellectum quoque deprauatum eſſe. Nam et Codices manuſcripti lectiones variantes hic habent. Et quid facilius tunc quidem contingere potuit?

§. IX. Idem iudicium formari debet de aliis. Inprimis huc ſpectant, qui particulam *NON* ſæpe adducunt textui vel eam delent, et inde repugnantem ſenſum inducunt. Collegit plures textus huc ſpectantes ANTON. AVGVSTIN. *in tr. de Emend. lib. 1. cap.* 2. ex quo fit, vt tot controuerſiarum fluctus Doctores cieant. Et tamen quamdiu de lectione vera et accurata non conſtat, omne boni interpretis officium ceſſat. Certe ex tam corrupta lectione ſæpe Gloſſatores mirificas deduxere concluſiones. Ridiculum fere eſt, quod quidam Canoniſtæ, omnia poemata eſſe hæretica, demonſtrare voluerint ex *c. 3. D. 25. verſ. item venerabilis viri.* Sed textus olim erat corruptus et pro *Heroicis* ſcriptum erat *Hæreticis* vid. LINCKIVS *ad Decret. in Proleg. c. 1. §. II.*

§. X. Qui ergo certum aliquod fundamentum in tam variantibus lectionibus ponere volunt, recurrunt ad ipſas Pandectarum editiones. Videlicet tres celebriores exſtant editiones. (1.) Vulgata ſeu Accurſiana (2.) Norica, quam GREGOR. HALOANDER Anno 1529. ex Bolognini libris confecit (3) Florentina ſeu Piſana vid. ADAM RICCIVS tract. *de libr. iur. Rom. quant. et qual. aph. 36.* Quod vulgatam attinet, conſtat, eam in omnium manibus eſſe et dudum in Germania fuiſſe receptam, ac quidem Florentina publicaretur, quæ demum Anno 1553. a LAELIO TAVRELLO edita eſt. Viguit ergo ſemper in ſcholis et foro Vulgata, quæ tamen non ſemper eadem ſed multiplex fuit quoad lectionem. Nimirum vt ſcriptum aliquod exemplar vetuſtum aliter legebat, et Doctor quidam inſignis lectionem variandam eſſe putabat, ita exemplaria conficiebantur et quælibet manus ſua adiiciebat vitia. RICCIVS *cit. l.* Hinc ad reſtitutionem iuris plures manum attulerunt,

tulerunt, inprimis Haloander. Sed cum nec huius Editio ſuis deſtituatur mendis, tandem opera Lælii Taurelli editio Florentina lucem aſpexit, et hanc quidem adeo magnifaciunt, vt putent codicem hunc tempore Iuſtiniani eſſe conſcriptum, a qua ſententia non videtur abhorrere MABILLON. *de Re Diplomat. p. 356. ſeqq.* ita tamen, vt rem in dubio relinquat; ſubiungit enim diſſentientis ANTONII AVGVSTINI *in libr. de Emendat.* iudicium. Conf. RICCIVS *cit. l.* §. 39. Interim hanc editionem aliis præferendam exiſtimant.

§. XI. Quando ergo lis de difficili lectione textus alicuius oritur, putant ad hanc eſſe confugiendum, et inde vnice textum eſſe explicandum. Subſtituit hoc fundamenti loco ANTON. AVGVSTIN. *c. l.* ex ea maxime ratione, quod vnicum illud exemplum ſit, ad quod omnes omnino, qui hodie extant, Digeſtorum libri conſcripti ſunt, prouocans hunc in finem ad communem quandam traditionem et ad ſententiam a veteribus Præceptoribus per manus ad nos traditam. Sed quemadmodum traditionibus talibus non multum tribuendum eſt, quippe mero auctoritatis præiudicio ſuffultis, ſupponit hæc aſſertio, quaſi non alia exemplaria tunc quidem reliqua ſuperfuerint, ex quibus vulgatæ deſumi potuiſſent. Quid quod ſi ex Florentina omnes fuiſſent deſumptæ, non tam infinita inde orta fuiſſet varietas lectionum. Deinde nec hoc ipſum exemplar Florentinum ſuis mendis caret: Quin et illi qui Florentinum adorant, ſæpe ab ea recedere coguntur, ceu patet ex exemplo *ſupra* §. 2. adducto ex *l. 34.* §. *4. de iurei.* vbi ipſa Florentina editio legit *neque*, non *æque* vti Antinomiarum conciliatores ſubſtituunt. Conf. ANTON. FABRI *Coniectur. l. 1. c. 14.* vbi fatetur

in Florentinis multa grauissimis erroribus corrupta a doctissimis ICtis obseruata esse, et indies plura obseruari, vti etiam exemplo *l. post emancipationem 40. §. vlt. de Legat. 3.* ostendit. Adnotarunt etiam iam eruditiores, multas lacunas ibi reperiri aliunde supplendas. vid. RICCIVS *cit. l. §. 41.* Et denique quamuis veritati Theoreticæ hac in parte quid tribuere possemus, quæstio tamen superesset, quamnam lectionem in praxi et foro sequi deberemus, cum Vulgata demum in Germania fuerit recepta. Iam autem, si sequi vellem, quod exinde colligere solent, et ex concessis argumentari, concluderem inde, non alio modo ius Romanum nos obligare, quam quatenus receptum est. Eatenus autem in foris Germaniæ receptum esse dicunt, quatenus Glossata Editio ius Romanum nobis exhibuit: Vt adeoque secundum hanc sententiam illa lectio quantum fieri potest retinenda sit. Conf. FRANC. DE AMAIA *Obseru. iur. lib. 1. c. 8. n. 9.* De iure Canonico idem asserendum videtur. Nam et ibi multa dubiæ lectionis occurrunt, quæ tamen non raro ex praxi suam recipere decisionem videntur. Quæstio haud minimi momenti est, an remedium ex *c. redintegranda 3. C. 3. Q. 1.* detur contra quemuis possessorem? Affirmativa sententia in praxi recepta dicitur, quamuis sine dubio orta ex corrupta lectione ipsius textus, cum pro *violentia maiorum* legendum sit: *Violentia maiore*, ceu erudite exposuit ZIEGL. in speciali commentario *ad text. cit.* inserto *Prælect. publ. in decretal. tit. X. de caus. possess. et propriet.* Sed an ita obseruantia fori orta ex errore interpretationem hic facere possit, infra §. 20. videbimus.

§. XII.

§. XII. Qua posita sententia communi, non tollitur difficultatum series, quia notum est, pessime sæpe se habere lectionem vulgatam. Non necesse esse puto id exemplis declarare, cum passim talia occurrant et plerumque etiam a Dionys. Gothofredo in notis sint notata. Videmus ergo ex tot variantibus lectionibus insignem iuris Romani incertitudinem natam esse et ad næuos iurisprudentiæ merito referendas eas esse. Habent constructiones lectionum variantium eadem fere fata, quæ conciliatio Antinomiarum, quæ sicuti non raro vtitur distinctionibus nihil significantibus, et cauillatorias substituit interpretationes: ita anxietas in enucleandis accuratis lectionibus iura peruertit et quod erat Maiestatis officium, sibi attribuit.

§. XIII. Ne tamen nimis videar offendisse eos, qui nil nisi aurum in qualibet litera latere opinantur, subiiciam paucis quædam subsidia, ad quæ recurri potest, vbi de lectione legis alicuius ambigitur. Suppono autem duplici ratione legem esse non legibilem, vel quod habeant variantem et dubiam lectionem, vel talem, ex qua sensus sanus nullus elici possit. Posteriori modo κατ' ἐξοχὴν talis est, et cum doctrinalis interpretatio cessat in iis casibus, qui obscuritate inemendabili laborant vid. THOMAS. *Iurispr. div. lib. 2. c. 12. §. 178.* tota causa ad eum, qui τὸ κύριον habet, et sua interpretatione authentica legem supplere potest, hac in parte quoque deferenda. Sed tales non reperiri in iure Romano casus Encomiastæ Iuris illius putant, quippe quibus omnia clara et perspicua sunt, et secus sentientibus ignorantiam crassam imputant. Ego vero non deterreor hoc simplicis consilii argumento; quin possum hos ablegare ad

legem

legem ſuperius §. 8. traditam *69. ff. pro ſoc.* et vt commentatores ad illum ſimul in auxilium vocent, rogare, vbi facile aſſerti mei veritas apparebit. An vero eodem iure huc referri poſſit *l. lecta 4. ff. de reb. cred.* quam inter ſeptem deſperatas referunt, et de qua WISSENB. *in P. 1. diſp. ad Dig. XXVI. th. 16.* prædicat, quod *ſæpius ſit lecta ſed non ſatis intellecta*, non præfracte tuebor, partim, quod eius lectio adhuc videatur ſincera eſſe, licet intellectus mira difficultate laboret, partim, quod non putem neceſſum eſſe, vt in enucleatione huius textus me detineam, tanquam nunquam in foro recepti. Sed quid de *l. frater a fratre 38. de condict. indeb.* fiet? Ibi Hottomannus iurat, Cuiacius probitatem oppignorat, et vterque lectores inuitat, vt calculum quisque ſuum apponat et credat ſe legis ænigma diſſoluiſſe. In hunc cenſum hodie merito referendæ forent Leges XII. Tabb. quæ pluribus in capitibus non legibiles factæ, ceu *capite 1.* exemplum adductum eſt. Reſtituit tamen, quantum fieri potuit, eas ſummus ICtus Iacobus Gothofredus, atque fragmenta eorum mira cum induſtria ſubiunctis hiſtoria et Gloſſis ex variis antiquitatibus collegit vid. THOMAS. *diſſert. de Næv. Iurispr. in f.* Sed tamen in tabulis illis multæ adhuc lacunæ proſtant, legesque plures laceratæ ibi reperiuntur, vti eſt in *Tab. 7. Qui pecuendo alieno impeſcit* – – . Quin et in iure Allemannico vtroque et communi et feudali nonnulla ſuppeditari poſſent, ſi Codices iam paſſim editos inſpiciendi facultatem conceſſiſſet tempus, in quorum tamen emendatione ingenti ſtudio deſudauit Iuris Germanici Conſultiſſimus IO. SCHILTER tum in *Praxi* Iuris German. tum in *Codice Iuris Allemannici Feudal.* vbi etiam

iam *in præfat. ad ius Allemannicum §. 14.* exhibet alphabetum ad veteres leges Allemannicas legendas aptiſſimum.

§. XIV. Priori caſu, vbi lectionis varietas ingenia Dd. torquet, ſenſus tamen, quamquam diſſonans, haberi poteſt, lætam ſegetem harum legum producere poſſemus, ni ab aliis id iam præſtitum foret, ab illis ſcil. qui *cap. 1.* iam ſunt notati et pleniſſime ab ANTON. FABRO in Coniect. et paſſim a Cuiacio plures difficultates excuſſæ, vbi tamen deprehendi, plurium legum lectiones variantes ſummo ſtudio eſſe excuſſas, de quibus tamen merito primum inquirendum erat: num vnquam eſſent receptæ. Quamdiu enim de receptione dubitamus, fruſtra de veriori lectione ſollicitus eſt ICtus, quippe cui non tantum interpretatio ſed inprimis quoque applicatio cordi eſſe debet. Solent autem hisce in caſibus ſequentia ſuppeditari ſubſidia. Conſtat veteres nullas habuiſſe interpunctiones aut apparentes verborum diſtinctiones, vsque ad Carolum M. qui procurante Alcuino punctorum diſtinctiones reſtituit, de quo vberius conſulatur MABILLON. *de re diplom. lib. 1. c. 11. §. 15.* hinc et Florentina Editio absque interpunctionibus ſcripta eſt. ANGEL. POLITIANVS *in ſuis Miſcell. cap. 41.* Riccius *cit. tract. §. 40.* Quando ergo textus difficultate quadam laborat, ſigna a deſcribentibus adiecta expungi et transponi poſſunt, vt ſanus inde conſtituatur ſenſus. Imo nonnunquam vnitas reſcindere licet v. c. pro *etſi* legi poteſt *et, ſi.* Sic memini in *Fabri coniecturis* me legiſſe, vbi pro *Vſumfructum* legit apte *vſum, fructum*, ſenſumque ſatis concinnum inde deducit. Sic CVIAC. *l. 2. §. 23. et 24. ff. de VI. bonor. rapt.* mire ſed non inepte interpungit, dum illos duos combinat §§. et poſt verbum *habeo* comma ſubſtituit, loco

commatis autem post verbum *accepi*, punctum. Ita porro Idem *1. Obs. cap. 14. l. 5. ff. quod fals. tut. aut Gest.* ita interpungit: *Interdum, tamen etsi* etc. *Eod. loc.* aliter quoque interpungit *l. communi 24. ff. de bon. libert.* et *l. si finita. §. si publicus ff. de damn inf. it. l. 59. §. ff. mandat.* quam interpunctionem etiam recepit Gothofr. in sua Edit. licet Cuiac existimet, in omnibus libris inpressis aliter legi.

§. XV. Sicuti vero emendationes textuum nimiæ probandæ haud sunt, præsertim, vbi diuersum arguunt sensum, cum eo ipso lex ipsa subuertatur, ita etiam vbi commode et absque peruersione sensus emendatio leuis fieri potest, illa non negligenda. Exemplum suppeditatur ex *l. 16. ff. de re iudic.* vbi vulgata legit: *socium autem omnium bonorum accipiendum est.* Ast quis crederet, verba hæc elegantiæ Romani styli conuenire, nisi velimus hic manum Tribonianeam agnoscere vid. *l. 53. pro soc.* vnde elegantius Haloandrina sine dubio legit: *Socius autem omnium bonorum accipiendus est.* Simile exemplum est in *l. Imperatores. 7. pr. ff. de publican.* vbi CVIAC. *1. obs. 5.* pro *exemplo* concinne legit *ex empto*, quod et ipsa rei euidentia ostendit. Imo miratus sum, quod GOTHOFR. in sua editione in *l. 3. §. 5. ff. de acquir. vel amitt. poss.* retinuerit lectionem absurdam, videl. *Contra naturam* COEPPE *est*, cum tamen ita vulgata legat: *contra naturam* QVIPPE *est*, quæ demum sensum admittit, secus ac prior.

§. XVI. Inprimis vero puto respiciendum esse ad ipsam rationem illius legis, quæ si haberi ex ipso textu corrupto vel ex principiis iuris vniuersalis suppleri potest, accommodari ei verba, et iusta interpretandi ratione emendari possunt.

Imo

Imo tunc sufficit constare de ratione, quæ anima legis est. De verbis interim eorumque sinceritate non temere anxium esse oportet. Imo non raro quoque argumentum pro eliciendа veriori lectione desumere solent a Rubrica, cum illa pro meliori habeatur, quæ magis conueniat Rubricæ, modo rubricæ sint authenticæ. vid. RICCIVS *cit. tr. §. 31.* Vbique multum facit naturalis prudentia et singularis diiudicandi facultas. vid. THOMAS. *Jurisp. div. lib. 2. c. 12. §. 30.*

§. XVII. Cum vero constet, veteres ICtos per notas seu sigla plura conscripsisse et Tribonianum eiusque asseclas plurimis in locis in iis enodandis hallucinatos fuisse, ceu iam *cap. 1. §. 11.* hac de re mentionem fecimus: aliquando enim notas male reddidit, aliamque illis quam præ se ferunt sententiam attribuit, aliquando notas pro non-notis, nonnunquam etiam non-notas pro notis accepit: SALMOVTH *ad Guid. Panceroll. memorabil. lib. 2. tit. 14. p. m. 264.* quæstio oritur, an in praxi recurrendum ad veriorem lectionem, an vero ad eam, quam Tribonianus quamuis ex errore, nobis obtrusit? Videamus prius de exemplis. Miram in iis eruendis adhibuit diligentiam CVIAC. Vnde et quædam ex illo huc afferamus. Sic in *Lib. 9. Obs. cap. 17. n. 15.* refert exemplum: vbi notas: E. H. Q. I. I. A. P. P. D. ita Tribonianus expressit. *Exceptis his quæ in iure alieno personis positis deferuntur.* quæ verba reperiuntur in *l. Tutelas 7. ff. de cap. minut.* cum tamen in hunc modum debuissent exprimi: *Exceptis his, quæ in iure agnationis proximis potissimum deferuntur.* conf. RICCIVS *cit. tract. §. 17.* Vlterius in *l. 8. ff. de V. Obl.* alium errorem *1. Obs. 22.* obseruat, et putat ibi notas pro non notis accepisse et verba illa: AD *conditionem* scripta fuisse ita A. D. *conditio*

quæ porro ita explicat: *Et licet ante Diem conditio committi videatur.* Reprehensus tamen eo ipso a Mercatore est *in not. ad Animaduers. Cuiac. lib. 3. c. 28.* cui tamen satis acerbe respondit Cuiac. Porro *lib. 4. Obs. cap. 31.* refert se indicasse alium errorem ad *tit. I. qui et ex quib. caus.* vbi ex his notis S. C. perperam vtique legitur *Senatus Consultum*, cum tamen ita legi debuisset *sententiam constitutionis.* Eodem capite insignem detexit lapsum Triboniani, quem commisit in *l. cum is 8. ff. qui et a quib. manum.* vbi ex notis F. C. exstruxit imprudenter satis *Fideicommissi causa* cum tamen omnino ita lectio formari debuisset: *Fraudandorum Creditorum causa.* Ad hanc enim causam pertinet Lex Ælia Sentia, ad quam *cit. l. 8.* prouocat, quod et suadent alii textus vid. *l. 16. §. 2. eod. l. 55. de hæred. instit. l. 3. l. 10. ff. quæ in fraud. credit.* quod etiam textus Βασιλικῶν confirmat adductus a Gothofredo in notis ad *cit. l. 8.* Alium adhuc errorem obseruauit idem *9. obs. cap. 16.* Annotauit etiam quædam BERNH. WALTHER. in *suis Miscell. l. 2. c. 6.* vbi ex notis *A. A. A. F. F.* in *l. 2. §. 30. ff. de O. R.* Tribun. substituit *Æris Argenti Auri flatores*, cum tamen notum sit has notas ita vbique explicari: *Æris Argenti Auri Flandi Feriendi.* Similiter error ex notis commissus est in *Nov. 131. c. 15.* vbi ex notis S. M. male et nimis imperite latina versio substituit. *Sanctæ Mariæ Sanso*, cum tamen legendum sit Sacræ memoriæ Sanso, ceu vel ex *Nov. 59.* constat, quod obseruauit NICOL. ALEM. *in not. ad Procop. Anecd. p. 9.* et ex eo IO. MABILLON. *de re diplom. lib. 3. c. 6. §. 7.* Ex his fundamentis quoque emendat NOODT *in Probab. Iur. lib. 2. c. 5. §. 2. l. pen. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* vbi loco *Præfecto Vigilum* legit *Præfecto Vrbi*, quod veteres id ipsum exprimere solebant per P. V. De hisce et similibus erroribus Tribu-

bonianeis idem iudicium ferendum esse existimo, quod alias de Emblemat. eius iudicare solent. Scil. cum omnia Imperator sua fecerit, volunt non tam respiciendum esse, an ICtis Tribunianus aliquid detraxerit vel addiderit: cum potius valeant leges propter Iustinianum, non propter autores. Sed sicuti hoc non negandum est, Tribonianum non peccasse, potestatem hanc sibi arrogando; ita alia quæstio est: an prudenter hoc fecerit, dum eo ipso omnes bonæ interpretationis regulas obstruxit, et necessario inde Antinomiarum cumulum auxit, miseramque et ieiunam Harmoniam et cohærentiam induxit vid. THOMAS. *in Næu. Iurispr. præfat. §. 6.* Si ergo Imperator sua omnia fecit; etiam errores illos Tribunianeos suos vtrobique fecisse videtur, vt ita tales criticorum labores magis Theoriæ quam praxi et Foro consulant. Semper tamen hic supponenda, quæ paulo ante subsidia dedimus.

§. XVIII. Optimi ergo et prudentis Principis est, leges ita scribere, vt ab omnibus et legi et intelligi possint. Vtrumque requiritur, cum lex demum obliget, postquam in notitiam subditorum peruenerit, quod etiam mediante lectione fieri potest, vbi scilicet publice affiguntur. Culpatur Caligula Cæsar, qui de vectigalibus quibusdam, referente Suetonio, legem proposuit minutissimis literis et angustissimo loco vti ne cui describere liceret, multo minus legere. Alias legum vulgaris formula esse solet: *vnde de plano recte legi possit*, quæ etiam reperitur *in l. 11. ff. de Instit. act.* et testatur CVIAC. *Lib. 7. Obs. c. 20.* esse in Regis Francorum opulenta et incomparabili bibliotheca antiquæ legis in æs incisæ fragmentum vetus, ex quo hæc verba refert:

§. XX. Videor equidem in partes dissentientium abiisse in *§. 11. seq.* vbi ipse ad obseruantiam fori prouocaui. Ego id quidem non deprehendo. Noui me argumentum ex communi opinione formasse *hypothetice*, sed nunquam me *simpliciter* assertionibus illis vulgaribus subscripsisse, simul noui. Loquatur pro me *§. 12.* vbi satis mentem meam declaraui. Ius Romanum vtique nos obligat ex recepto, sed non ita vt obseruantia iudicialis huic interpretationem dare debeat. Decidat controuersiam pro me ICtus in *l. 39. ff. de LL. quod non ratione* seu rationabili interpretatione Doctorum *introductum, sed errore* tam ratione intellectus quam ipsius lectionis deprauatæ *primum, deinde consuetudine,* seu continuata obseruantia iudiciali *obtentum est*, nullum ius facit, *et in aliis similibus non obtinet*, sed impune ab illa communi opinione et obseruantia recedi potest. THOMAS. *cit. l.* Ostendit sane ZIEGLERVS in §. II. citatus suo exemplo, communem sententiam non prohibere, quo minus sanior eligi et defendi possit, quamuis *c. 4. §. 12.* difficile esse putet a veterum Doctorum placitis in iudicando recedere. Rationem addit hanc: *Sic enim persuasum est in foro versantibus a Baldo in l. vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll. n. 56. antiquos Doctores magna veneratione esse præstantiores modernis, pondere numero et mensura.* Sed sicuti huiusmodi Baldi persuasiones leues sunt et supponunt sine dubio hypothesin, peccare eum contra quartum præceptum, qui a veteribus Doctoribus dissentit, ita pace Domini Baldi liceat inuertere argumentum et dicere: *Sic hodie sanioribus plerisque persuasum est, hodiernos Doctores, vberioribus quippe subsidiis instructos, magna veneratione, non tamen seruili, esse præstantiores antiquis pondere numero et mensura,* si non physice, saltim moraliter.

§. XXI.

§. XXI. Tandem non incongrue hic quæri posset cum THOMAS. in denen Grundlehren *P. 1. c. 7. §. 20.* Annon ICtus etiam legere et intelligere debeat linguam priscam Allemannicam et Latinam, et annon vitio ipsi verti possit, si asserat, se hæc nec legere multo minus intelligere posse. Mouit hanc quæstionem etiam GELL. *N. Att. Lib. 16. c. 10.* occasione vocis alicuius *Proletarii* et refert quæsitum fuisse ex ICto, quid per hanc vocem intelligeretur? illum autem respondisse, *se iuris non rei Grammaticæ peritum esse*, sed opposuit GELLIVS: *Eo maxime te dicere hæc oportet, quando vt prædicas, peritus iuris es, Nam Q. Ennius verbum hoc ex Duodecim tabulis vestris accepit etc.* Refert porro idem, Iulium Paulum forte fortuna prætereuntem accersitum fuisse, qui hoc ænigma egregie dissoluit, quod prior non poterat. Quid ergo dicemus? Illud scil. quod alio in loco, nimirum *in Næuis Iurisprudentiæ Anteiust. lib. 1. c. 3. Næv. 6.* Vir summus supra citatus asserit: *Ornamenta ICti sunt ista, quibus si quis careat, pro sordido tamen haberi nequit.* Quia vero ibi tantum quæstio erat formata de priscis LL. XII. tabb. verbis, hinc forsan maior ratio dubitandi erit, de prisca lingua Teutonica, in qua tamen plures leges Allemannicæ sunt conscriptæ. Equidem Leguleii nostri faciles erunt in respondendo, quod videlicet Legibus Romanis viuamus, non Teutonicis, hinc notitia harum non adeo sit expetenda et necessaria. At ego non credulus illis. Iam dudum euictum est, ius Romanum in subsidium tantum esse receptum et ius Germanicum nunquam abrogatum. Præualuit quidem antea opinio, quasi Lotharius quascunque leges alias antiquarit et solas Romanas, in scholis et foro deinceps obseruandas deduxerit. Ast postquam CONRING. *de*

de Orig. Iur. Germ. c. 21. seqq. capitalem hunc errorem refutauit, hodie quidem a sanioribus hæ fabulæ irridentur. Prosecutus etiam est hoc argumentum concinne satis CONRADVS SINCERVS *in differt. de Germ. an Leg. vet. ac Roman. Iur. in Rep. nostr. orig. p. 17. seqq.* Quia ergo plurimæ adhuc Consuetudines Germanicæ latent in illis libris prisca lingua scriptis, ICto vero omnino incumbit in consuetudines illas priscas inquirere, nescio an officio suo satisfaciat, si ignorantiam suam in legendis eiusmodi legibus profiteatur. In Saxonia præsertim et aliis locis, vbi Geradæ et Hergewettæ vsus frequens, sæpius recurrendum erit ad prisca illa verba, quæ proinde cognita esse debent ICto. Alioquin recte de tali dicetur, quod CAIVS asserit in *l. 2. §. 43. ff. de O. I. Turpe est ICto ius ignorare in quo versatur.* Accedit, quod multa in Iure publico adhuc valde obstrusa ex antiquitate Germanica lucem accipiant, sicuti et in iure feudali, vti egregie passim exemplis illustribus declarauit sæpe laudatus SCHILTER. In tantum ergo lectio antiqua ICto omnino necessaria videtur, in quantum facit ad Leges Germanorum *intelligendas* et *applicandas*, in hisce enim duobus ICti officium versatur.

CAP. III.
DE
TESTAMENTO NON LEGIBILI.

ARGVMENTVM.

Iurisprudentia integritati testamentorum studet. §. I. Testamentum integris scribendum literis et legibilibus. §. II. Non omnes notæ sunt probibitæ in Testamentis, sed tan-

tum non legibiles. §. III. Quatenus testamentum militis valeat notis conscriptum §. IV. Subiicitur testamentum militis notis conscriptum §. V. An in testamento parentum inter liberos notas adhibere liceat §. VI. Limitationes Dd. hic examinantur §. VII. Num hæredis institutio per sigla facta sit valida? §. VIII. Quid si ita facta sit in testamento parentum inter liberos? §. IX. An subscriptiones testium possint fieri per sigla §. X. De testamento non legibili propter deletionem; §. XI. Fundamenta decisionum demonstrantur §. XII. Quid in dubio præsumatur, num deletio ante an post testamentum consummatum facta? §. XIII. Rasura facit testamentum non legibile §. XIV. Quid iuris, si testamentum non sit legibile ob literas male exaratas §. XV. adducuntur textus ex Ordin. Notar. § XVI. Decisio subiungitur §. XVII. Quid si mures vel glires testamentum corruperint §. XVIII. Quid si vetustate corruptum sit §. XIX. An ex testamento non legibili possit decerni immissio ex l. f. C. de Edict. D. Hadr. toll. §. XX.

§. I.

Quo maiorem obseruantiam erga Testamenta defunctorum requirit Iurisprudentia nostra, eo magis etiam integritati eorum studet, vt et intelligi *l. 2. ff. de his quæ pro non scriptis hab.* et simul legi possint *l. 1. ff. de his quæ in Test. delent.* Alterum si deficiat, exitum voluntas vltima optatum inuenire nequit, non quod hæc ad solennia pertineant, sed quod defectus in voluntate, quæ totum sustinet testamentum eiusque declaratione deficiat. Conqueritur de hac ob-

obſcuritate ſcribendi Imperator in *Nou. 107. præf.* dicens, homines ſæpe adeo obſcuritati indulgere, vt diuinantibus magis quam interpretantibus hæc egeat.

§. II. Et cum *cap. 1. et 2.* iam deductum ſit, notas veteres lectioni multum obfuiſſe, hinc quoad concinnandam ſcripturam illud quoque in iure noſtro requiritur, vt *integris literis*, non *ſignis* aut *notis* conſcribatur Teſtamentum *Nou. 107. c. 1. auth. quod ſine. C. de Teſtam*, adeo vt nequidem ex tabulis notis conſcriptis de iure Prætorio Bonorum poſſeſſio data fuerit *l. 6. §. vlt. ff. de B. P.* Repetiit idem Maximil. I. *in ordin.* von Unterricht der Notarien, §. item die Notarien ſollen 31. ibi: oder auch durch Zieffer-Zeichen oder Notas etc.

§. III. Cæterum cum ideo tantum notæ et ſigna ſint prohibita, quod teſtamentum eo ipſo legi non poſſit, euidens eſt, hoc tantum intelligi de non legibilibus et incognitis ſignis *arg. l. quoties 9. ff. de hered. inſtit.* quo et facit *cit. conſtit. Maximil. I.* dum prohibet notas adhiberi in Inſtrumentis ſonderlich die nicht gemeiniglich allen bekant ſind. Si ergo abbreuiaturæ et notæ in teſtamento quædam occurrant, quæ ſunt vſitatæ et intelligibiles, tunc teſtamentum ſolenne in ſcriptis non vitiant, quia ſufficit de mente teſtatoris ac ſenſu ſcripturæ conſtare. Conf. PANCIROLL. *Theſ. var. lection. lib. 1. c. 30.* Nam et Prætor ſolummodo denegabat Bonorum poſſeſſionem ex teſtamento Notis inuſitatis, non vero vulgaribus conſcripto. GOTHOFR. *in Not. ad c. l. 6. §. vlt. lit. Q.* Affert hac de re reſponſum CARPZOV. *p. 3. C. 3. D. 4.* quod operæ pretium eſſe duxi hic annectere: Ob nun

gleich etliche legata nicht gar von Worten zu Worten ausgeschrieben, sondern im Testament mit Zieffern gesetzet sind. Da aber dennoch solche Worte und Zieffern deutlich und zu erkennen, und nicht etwa dermassen verzogen wären, daß sie unkentlich und daraus die Zahl nicht eigentlich abzunehmen, So wäre obangezogenes Testament seiner solennität halber und obangezogenem Fürwendens ungeachtet zu Recht kräftig und beständig. Putarem tamen inter Ziffras et abbreuiaturas vulgatas omnino esse distinguendum: hæ cum sint legibiles, non vitiant testamentum. At in istis diuersa ratio ob rationem §. *6. inf.* ad ductam. Zifræ regulariter sunt legibiles, sed suspectæ tamen, et hinc merito fugiendæ. IVL. CLAR. *§. Testamentum lib. 3. qu. 14. n. 3.*

§. IV. Sicuti vero testamentum militis quomodocunque valere potest, et sola voluntate perficitur *l. 35. de milit. Testam.* hinc volunt testamentum eius notis conscriptum valere, id quod quidem euidentissime per *l. Lucius Titius 40. pr. ff. de milit. testam.* expeditum est. Imo et ex *l. milites 15. C. eod.* subinde indulgetur eis; vt non tantum *notis* pro *literis* vti possint, sed et vagina, clypeo, humo loco chartæ, sanguine pro atramento, ensie pro calamo vel penna. Sed tamen sicuti in *cit. l. 40.* subiungitur, legitimis probationibus ostendendum esse, militem Notario suo testamentum notis scribendum dictasse, vbi ANTON. FAB. *l. 15. coniect. c. 19.* interpolationem Tribonianeam agnoscit; ita etiam puto hoc intelligendum esse sub ea limitatione, modo notæ vel signa legi possint: alioquin enim effectum nec militis voluntas sortiri potest. VASQV. *de Success. lib. 2. §. 15. n. 49.* vt ita priuilegium quoad hunc articulum nullum adsit, ceu vul-

vulgo hactenus creditum est. Illud vero singulare est in illa *l. 40.* quod illud testamentum dicatur valere, quod tamen nequidem consummatum erat, vel vti loqui solemus, das noch nicht ins Reine gebracht und vollenzogen, und also nur bloß concipiret war. Nam volebat Lucius Titius hoc suum testamentum postea literis integris perscribere, nisi mors consilium præuenisset. Ratio decidendi in eo ponitur, quod sufficiat constare de militis voluntate etiam ex prima in chartam coniectione. Certe in testamento non militari id secus esse nemo negabit. Quid et si hodie eiusmodi scriptura ein concept inueniatur, quæ a milite in conflictu ipso est exarata, sine dubio effectum habebit, modo recte legi possit, vbi tamen sæpissime hoc aliter sese habet, cum prima illa testamenti lineamenta der Auffsatz male plerumque scribatur.

§. V. Placet hic subiicere Testamentum alicuius militis *Sempronii Tucidani* notis conscriptum, quod refert ex libro quodam, quod inscribitur: *Epigrammata antiquæ vrbis* WALTHER in *Miscellan. lib. 2. c. 12.* his verbis:

D. O. M. L. Mallio et Q. Torquato Cos. Sempronius Tucidanus iur. mil. quod ipse facio. L. L. abesto. ob pœnum Italia pulsum. Fund. baleares Senatui P. Q. R. D. D. Aurelius Tucidanus tacitam pecu. Si via lat. offic. meis re. monumentum suo sunt. ædificauerit habeto. Hermeti lib. aug. vind. M. ur. ex d. da. sunt Lyciæ agressi uxo. beneme. mundum mulieb. quæve E. ca. pa. do. L. Caius Tucidanus, quod pupillum cuius iussu meo cu. ge contra decretum ampliss. ord. d. ex Testa. dodrant. L. Celso Testamen. quod Esapho scripseram adi. Pamphilo vicario

 pocu.

pocu. tit. inſtrum. ruſti. quod Epiro parauer. liberue hered. da. ſunto filiis ſi nepotes mihi non fuerint. Marcellus Tucidanus ex dam. ſunt cohib. heredi quæ lego. o. eſto.

Subiunxit quidem cit. WALTHER. aliquam expoſitionem, quæ tamen nec ſufficiens eſt, nec omnia explicat, hinc in plurimis ad teſtamenta non legibilia referri poteſt. Prodeſſet tamen multum, ſi antiquas legendi formulas hic in ſubſidium vocaremus, ex quibus forſan lumen ei afferri poſſet. Sed *hoc negotium quidem aliis relinquo.*

§. VI. In ſpecie vero circa *teſtamentum inter liberos* conſtituit Imperator in *Nov. 107. c. 1.* ne adhiberentur notæ, ſed vt omnia *integris* exprimerentur *dictionibus*. Vnde mirari licet, contrarium tenuiſſe nonnullos, de quibus teſtatur VASQ. *de ſucceſſ. lib. 2. §. 15. n. 48.* cum tamen expreſſe dicatur in cit. *Nou. 107. vncias non ſignis numerorum ſignificandas ſed per totas literas declarandas, vt vndique claræ et indubitatæ conſiſtant*. Conf. CARPZ. *p. 3. C. 4. def. 17.* vbi reſponſo hoc corroborat, ex quo ſequentia excerpere placet: **Ob er nun wohl hierzu gantz keine Zeugen gebraucht und adhibiret, da er aber dennoch ſeinen letzten Willen deutlich und mit ausdrücklichen Buchſtaben geſchrieben ꝛc.** Et cum hoc maxime in fauorem liberorum introductum ſit, ne ſcilicet vllus locus dubitationi ſuperſit, puto abſtinendum eſſe in teſtamentis huiusmodi ab omnibus Zifris et notis maxime ſuſpectis *auth. quod ſine C. de Teſtam.* quæ in genere reſpicit ſigna, et literas integras requirit conf. STRVV. *Ex. 32. th. 18.* RITTERSHVS. ad *Nou. Part. 6. c. 2. §. 5. ſeqq.*

HARP.

HARP. *in not. ad Clar.* §. *Testamentum qu. 14. n. 11.* Dissensus hac de re adhuc superest inter ICtos, vti patet ex RITTERSH. *cit. l.* et MANZ. *de Testam. Val. et Inual. lib. 4. quaest. 1.* §. *35. seqq.* Tutius certe et consultius omnino est, vt summae integrae et non per *Zifras aut signa* scribantur. Quam facile enim hic error committi et summae aliquid addi vel detrahi potest; vnica enim *nulla o* omissa vel addita summam magnam in paruam vel vice versa mutare potest RITTERSH. *c. 3. n. 8.* Reliqua reseruo ad §. *9.*

§. VII. Addere hic solent Dd. plures limitationes v. c. Notas esse permissas in testamentis nuncupatiuis in scripturam redactis, item quod factum in carcere Tyranni, quasi in illa necessitate constituto subueniendum sit, si voluit per compendium suum scribere testamentum, cum per tempus et iustum timorem non liceret sibi longiorem facere scripturam it. in testamento condito *tempore pestis*, tempore belli et in genere vbicunque tam vrgens necessitas imminet, vt fas non sit, scripturam longiorem facere, it. ad pias caussas. VASQVIVS *cit. l. n. 49. seqq.* Verum quid opus tot ambagibus? Scilicet talis est mos veterum, vt omnia corradant absque praeuio examine, modo limitationes in campum deducere possint. Notae abbreuiaturae et signa non ideo in iure prohibentur, quasi ad *formam testamenti* spectet, integras adhibere literas, alioquin enim ne quidem legibiles et intelligibiles admittendae forent, sed vt omni dubitationi, quae circa lectionem moueri posset, via praescinderetur. Vnde breuibus totam rem ita declarare licet. Aut illae notae seu abbreuiaturae nullo modo percipi, aut legi possunt et tunc testamentum non valet etiam in milite et aliis personis pri-

vi-

vilegiatis, aut sunt consuetæ, legibiles et facile intelligibiles et tunc regulariter valet testamentum etiam in persona non priuilegiata. VASQ. *c. l.* De Zifris forsan, vti iam dictum diuersa adest ratio. Facessant ergo omnes limitationes, quas prolixitati assueti veteres hic conglomerare solent.

§. VIII. Vnde facile solui potest quæstio: quid iuris, si quis ita heredem scriberet: *C. M. Fabius heres esto?* An illa heredis institutio valida haberi possit. Aut enim certo constat de persona heredis, videl. quod vnus tantum Fabius sit qui Cneus Marcus vocetur, et tunc notæ illæ C. M. non vitiant heredis institutionem; Nam et si quis nomen heredis non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstrauerit, quod pene nihil a nomine distat, valet institutio *l. quoties 9. §. 8. de hered. instit. l. ut scriptus. 12. ff. de B. P. sec. tab.* Nihil enim interesse dicitur in *l. certam 6. de reb. cred.* an res aliqua proprio nomine designetur, an alia nota, quæ nominis vice fungatur conf. *l. si nominatim 34. ff. de condit. et demonstr.* aut vero oritur dubium ex eo, quod duo sint Fabii, quorum alter Caius Marcellus Fabius alter Cneius Marcus Fabius vocetur, tunc institutio non valet, non ex eo fonte, quia notæ adhibitæ, sed quia his positis circumstantiis non sunt legibiles et incertæ. Quoties autem non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet *l. in tempus 62. §. 1. ff. de hered. instit.* nemo enim ex coniectura proprie scriptus heres videtur. *l. un. ff. si tabb. test. extab.* additur tamen in *cit. l. 62.* limitatio: *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum pro qua persona testator senserit*, tunc enim heredis institutio non amplius dici potest non legibilis. Addatur MABILLON.

BILLON. *de re diplom. lib. 2. c. 1. §. 12.* vbi fatetur in antiquis ſcriptis etiam aliquando abbreuiata fuiſſe nomina propria, prima duntaxat expreſſa litera, quæ male aliquando a librariis reddita magnam in rebus confuſionem reddere ſoleant.

§. IX. Sed dubium ſubnaſci poſſet circa teſtamenta parentum inter liberos, an huiusmodi inſtitutio valida ſit, quando nomina liberorum tantum literis initialibus, licet legibilibus et intelligibilibus, ſint adornata v. c. ſi parens tantum filium et filiam habens ſcripſerit: filium meum M. S. et filiam C. A. heredes ſcribo. Hic ſane exiſtimarem, expreſſionem nominum per integras literas eſſe de forma ipſius teſtamenti inter liberos, adeoque tale teſtamentum eſſe ipſo iure nullum. Iniungitur enim id diſertis verbis in *auth. quod ſine C. de Teſtam.* vt liberorum nomina non ſignis ſed literis integris declarentur. Licet ergo abbreuiaturas et ſigna legibilia in aliis capitibus non ſubſtantialibus admittere poſſim vid. §. 6. tamen in heredis inſtitutione id pro forma merito hic reputandum. Requiris rationem, iure meo a te poſtulo, vt prius explices rationem, cur in teſtamento parentum inter liberos ſpecialiter et pro forma requiratur expreſſio temporis, non vero præciſe in reliquis. Imo ſi liberalius tecum agere velim, ratio in promptu eſt, et ex ipſa *Nov. 107. præf.* ſuppeditatur. Conſtituerat Conſtantinus in *l. inter omnes 26. C. famil. herc.* parentum inter liberos diſpoſitiones, quocunque modo ſcriptæ inueniantur, quibuscunque verbis, vel *indiciis* (i. e. *notis*: notas enim græci σημεῖα appellant GOTHOFR. *in not. ad cit. l. lit. A.*) cuſtodiendas eſſe. Ad hanc conſtitutionem vero prouocat Imper. in *præf. c. Nou.* dicitque legem a Conſtantino eſſe latam per *antiquæ coniecturæ*

ſimplicitatem, eam tamen emendatione indigere. Porro addit Theodoſium idem parentibus et matribus et aſcendentibus reliquis permiſiſſe ſcil. in *l. 1. C. Theod. fam. herc. et l. 21. §. 1. C. de Teſtam.* Ex hac licentia autem anſam fuiſſe datam ad varia obſcuritatum genera, vt magis in talibus teſtamentis diuinatione opus fuerit quam interpretatione. Hinc licentiam illam coarctauit et ita cit. *l. 26.* euidenter correxit. Quamvis vero *cit. Nov. 107.* tantum videatur loqui de non exprimendis vnciis per ſigna, tamen et ratio ipſius Nouellæ amplior eſt, et ipſa *authentica* inde deſumta diſerte etiam heredum deſignationem integris literis faciendam complectitur.

§. X. Quid vero dicemus de *ſubſcriptionibus teſtatoris et teſtium?* Communis enim fere mos inualuit, vt non integrum nomen, in literis præſertim, conſcribatur, ſed per ductus literarum tantum v. c. C. V. R. Num ergo tales ſubſcriptiones admitti poſſunt? an vero teſtamentum inde impugnari? Sane experientia docet, multos, qui in primo ætatis flore literas pingere non didicerint, poſtea nomen ſuum literis initialibus ſcribere didiciſſe. At vero vix eſt vt hos pro ſubſcribentibus habere poſſimus. Scribere enim non notas pingere ſignificat ſed per literarum conſequentiam *Auth. quod ſine C. de Teſtam.* Senſa ſua quisque ſcribentium exprimere debet, quo legi poſſit, quod ſcribens indicare voluerit. Sine dubio hoc caſu deceptionibus infinitis anſa daretur, nec machinationes aſtutæ in hac ſeculi peruerſitate euitari poſſent, cum circa vnius atque alterius literæ imitationem illæ faciles ſint. STRYK. *diſp. de iure* Αναλφαβήτ. *c. 4. n. 16.* vbi tamen hoc limitat, niſi ſubſcriptio in duorum vel trium teſtium præſentia appoſita probetur. Quoad teſtium ſubſcriptiones

ptiones eadem ratio videtur, cum ex ſolis literarum ductibus ſæpe de nomine conſtare non poſſit, quis ſcilicet ſubſcripſerit. Et tamen in *l. 30 ff. qui teſtam. fac. poſſ.* diſerte exigitur, vt *proprio chirographo ſinguli teſtes annotent, quis et cuius teſtamentum ſignauerint.* Quando ergo ex ſolo ductu literarum legi non poſſit, quis ſignauerit, ex hac certe lege videtur dicendum ſubſcriptionem omnino eſſe vitioſam. Accedit, quod ſubſcripſiſſe proprie dici non poſſit, cuius nomen nec legi nec intelligi poteſt. Verum cum poſtea in publicatione teſtes ſuas ſubſcriptiones recognoſcere teneantur, et ſic ex alis teſtibus, qui nomina ſua integra adſcripſerunt, cognoſci poſſit, quinam ita ſubſcripſerint, adeoque et illi ad recognoſcendum citari, vel ſi iam mortui ſint, ab aliis teſtibus doceri, quod ſubſcripſerint, non arbitrarer ex hoc puncto teſtamentum impugnari poſſe, niſi forſan alia indicia, quæ ſuſpectam ſubſcriptionem reddant, accedant.

§. XI. Inprimis vero teſtamentum non legibile reddi poteſt per *deletionem.* De hac ſicuti et de cancellatione et inductione certum eſt, ſi in teſtamento a teſtatore *conſulto* facta ſit, teſtamentum vitiari vel in totum vel pro parte, quatenus ſcilicet deletio facta vid. *l. 2. ff. de his quæ in teſtam. delent.* Si vero deletio *inconſulto* facta, ſiquidem legi adhuc ſcriptura poſſit, aliud dicendum videtur, ſi non poſſit, tunc obtinet deciſio PAVLI in *l. vn. ff. ſi tab. teſtam. exſtab.* vbi ait: *Heredi cuius nomen inconſulto ita deletum ſit, vt penitus legi non poſſit, dari bonorum poſſeſſio minime poteſt, quia ex coniectura non proprie ſcriptus videretur*, niſi demum poſt prolatas tabulas teſtamentum ſit deletum. Tunc enim iam de herede conſtat, licet amplius legi nomen eius non poſſit. Manifeſtius

festius id exprimit VLP. in *l. 1. pr. ff. de his quæ in test. del.* inquiens: *quæ in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihilominus valent, consulto non valent.* Quid vero dicitur legi posse? Addit idem ICtus in *cit. l. legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quæ sunt scripta. Cæterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse, sufficit autem si legibilia sint;* et paucis interiectis §. 1. *quod igitur incaute factum pro non facto est, si legi potuit.* et §. 2. *si legi non possunt, quæ inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi.* scil. in effectu: ipso iure enim valet: ius non deficit sed probatio *l. duo sunt Titii 30. ff. de Testam. tut.* Sed quo tendit addita limitatio? *Sed hoc ita demum si ante consummationem testamenti factum sit.* Scilicet respiciendum esse monet ICtus, an deletio facta, antequam solennitates accesserint. **Eher das Testament vor den 7. Zeugen vollenzogen.** Nam si postea a tertio fraudulenter aliquid inductum est, et probationes supersint, quibus doceri possit, quid ibi scriptum fuerit, res salua est. Nam hoc videtur ICtus exprimere voluisse in §. 3. vbi inquit: *Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur: inconsulto vero, non repelluntur siue legi possunt siue non possunt.* At si legi non possunt, nihil debetur? Declarat suam sententiam ICtus in seqq. *quoniam si totum testamentum non extat, constat valere omnia, quæ in eo scripta sunt;* et paulo post: *Si alius inuito testatore conciderit testamentum, non denegabuntur actiones*, si scil. aliunde de contentis ipsius testamenti eiusque valididate constet. Quo tamen casu non sufficit probasse contenta testamenti, sed etiam integritas eius vel solennia probanda sunt.

§. XII.

§. XII. Fundamentum harum decisionum petendum ex *l. si vnus 12. C. de Testam.* vbi Impp. eleganter aiunt: *De his, quæ interleta siue suprascripta dicis, non ad iuris solennitatem sed ad fidei pertinent quæstionem, vt appareat, vtrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, an ab aliquo falso hæc fuerint commissa.* Vnde ergo hoc apparebit? Hoc certum est ex *l. 3. in f. ff. de his quæ in testam. del.* quod fauore libertatis in dubio inconsulto deletio præsumatur facta. Ergo cum hoc specialiter introductum, apparet, in dubio regulariter consulto deletionem factam fuisse. FRANC. MANTIC. *de coniect. vlt. volunt. L. 12. tit. n. 29. 32.* Adeoque qui contrarium dicit, probare debet, id quod deletum est, incaute vel casu factum esse. RICHTER. ad *l. 12. de Testament. n. 20.* nisi circumstantiæ aliud suadeant, ceu patet ex *l. f. ff. de his quæ in testam. del.*

§. XIII. Cum vero multum intersit, vtrum deletio ante an post testamentum consummatum facta fuerit, vti ex *§. 11.* constat, quæritur, quid hic in dubio præsumatur? Ex circumstantiis hoc diiudicandum erit. Si enim testamentum fuerit clausum et sigilla adhuc integra appareant, ita vt resignatio præsumi non possit, ante eius consummationem facta deletio præsumitur NICOL. DE PASSERIB. *de priuata scriptura l. 1. qu. princ. 6. dubit. 2. n. 19.* Aliud forsan dicendum, si non fuerit clausum, cum plerumque testatores non soleant admittere deletiones vel rasuras ob disputationes, quæ inde oriri solent v. BARTHOL. BERTAZZOL. *lib. 3. cons. 411.* Optimum sane consilium est, vt ipse testator deletiones faciendo adiiciat clausulam: *literas, inductiones, deletiones,*

superinductiones ipse feci, quæ tamen et ipsa non referuntur ad ea, quæ inconsulto contigere *l. 1. §. 1. ff. de his quæ in test. del.*

§. XIV. Impedit quoque lectionem *rasura*: quæ tunc inprimis suspectum testamentum facit, quoties facta circa substantialia contenta eius, veluti in Legatis, in nominibus heredum *c. 5. et. 9. X. de crimin. fals.* sed de hac commodior agendi locus in *cap. seq.* vbi dicenda huc etiam applicari poterunt, sicuti et quæ de *interlineari scriptura* aliisque ibi occurrent.

§. XV. Pergo iam ad illos casus, vbi testamentum non est legibile ob literas vel male exaratas vel ita obsoletas, vt amplius vix legi possint. Antiquarum scripturarum specimina plurima occurrere in MABILLONII *re diplomatica* superius iam dictum. Reperi etiam aliquod documentum, quod fragmentum Testamenti C. Iulii Cæsaris exhibere fertur, quamuis MABILLON. *lib. 5. tab. 1. p. 344.* vbi illud exhibet, putet, inscriptionem a nebulone quodam maleferiato esse factam et scripturam ipsam aliunde pertinere. Quicquid sit, si ipsa scriptura inspiciatur, apparent inibi eiusmodi ductus obsoleti et vix legibiles, quos tamen quodammodo his expressit verbis Mabillonius: Inscriptio erat: *C. Iulii Cæs. Testamentum L. Pisone socero recitatum in domo idibus septembris.* Ipsum autem fragmentum sequens est: *Tunc non solum vt periurii reatus incurram secundum leges, verumetiam daturum me promitto, heredesque meos tibi iste Germanæ heredibusque tuis pœnæ --- ante litis ingressum auri solidos triginta et sex suppositis omnibus rebus meis ypoticæ titulo, quas habeo*

habeo abiturusiue sum manente. et dictaui in qua pro ignorantia feci ex autoritateque roborata. Actum Rau. Id. et P. X. isti ind. illa duodecima. Imo refert cit. MABILLON. *lib. I. c. II. §. 9. p. 49.* Monachum quendam Anonimum, qui chronicon sancti Michaelis agri Virdunensis scripsit seculo XI. Wlfoaldi Comitis, qui sub postremis Merouingicis Regibus vixit, testamenta ita iam vetustate confecta fuisse, vt vix nisi rescriptorum adminiculo legi potuerint.

§. XVI. Ad male exaratas literas testamenti referri possunt duo textus *ex Ordin. Not. Maxim. I. §. item* **es gehöret** vbi Imperator ita disponit: **Es gehöret zu einem jeden Testament, das der oder die, so ein Testament machen mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können** rc. *et §.* **Die Notarien sollen** 48. **Die Notarien sollen sich auch hüten vor allen denen so weder verständlich reden noch schreiben können** rc. quo et referri posset §. *item* **die Notarien** *31.* vbi notariis iniungitur, vt instrumenta scribant **mit gantzen gemeinen** NB. **leßlichen und erkanten Buchstaben.**

§. XVII. Facile autem apparet, quid de huiusmodi testamentis non legibilibus statuendum. Idem scil. quod de deletione dictum, si scil. in principali parte totius testamenti de lectione dubitetur, veluti quod de heredis persona inde non constet, vbi vtimur verbis PAVL. in *l. vn. ff. si tab. testam. exst.* Heres ex coniectura non proprie scriptus videtur. Cæterum sicuti deletio, quæ lectionem impedit, aliquando tantum pro parte vitiat testamentum, quatenus scil.

ſcil. illud non legibile facit, ita et ſcriptura vitio tali iam indigitato laborans. Perinde enim eſſe judico, ſiue quid ita ſit deletum, vt legi non poſſit, ſiue ita male exaratum, vt lectio deſperetur, ſiue denique obſoletus ſcribendi modus lectioni obſit.

§. XVIII. Sed et *mures* vel *glires* chartis inſidiantur et ſæpe illas non legibiles reddunt. Prouida ſane hac in re fuit gloſſa *in §. 13. I. de Teſt.* vbi docet, quam neceſſarium aliquando ſit, vnum teſtamentum pluribus exemplis deſcribi, cum ab ipſis muribus periculum ſit metuendum. Conf. MANZ. *de Teſt. Val. et inval. tit. 4. qu. 1. §. 27.* Annotauit etiam hunc caſum VLP. in *l. 1. §. vlt. de B. P. ſec. tabb.* vbi ait: *ſi roſæ ſunt a muribus tabulæ vel linum aliter ruptum, vel vetuſtate putrefactum, vel ſitu vel caſu et ſic videntur tabulæ ſignatæ.* Quid dicemus ergo de lectione, ſi ei arroſio murum vel alius caſus infelicitas noceat? Certe ſi parte ſeu loco non ſubſtantiali arroſio talis facta, nihil teſtamento nocebit: ſi vero in parte eſſentiali, ſcilicet loco tali, vbi diſponit de bonis ſuis, nec aliunde ſciri poſſit, quænam fuerit defuncti voluntas, intercidit, nec effectum ſortiri poteſt; quod inprimis tunc locum habet, ſi teſtamentum plane a muribus deuoratum ſit. Quæ enim ex poſtfacto teſtamento accidunt per caſum fortuitum, illa ei obſunt, quatenus voluntatis ſcientia deficit *vid. l. 30. C. de Teſtam.* Certe ſi mortis tempore tabulæ ſaluæ et integræ fuerint, licet poſtea interierint vel caſu fortuito corrumpantur, vt legi non poſſint, caſus non oberit ipſis heredibus, quin etiam competit bonorum poſſeſſio *l. vn. ff. ſi tabul. teſt. exſtab. l. 1. §. 2. et 3. ff. de B. P. ſec. tabul.* modo legitime probari aliunde poſſint teſtamenti contenta.

§. XIX.

§. XIX. Cum itaque tempus edax rerum, tum et alii casus testamenta non raro corrumpere soleant, vt scriptura tandem lacerata et non legibilis euadat, omnino consultum est, vt ex originali vetustate fere consumto alia exemplaria legitimo modo (quem cap. seq. V. D. §. 6. declarabimus) literis legibilibus transumantur, quae vulgo *vidimus* appellantur, vt posteritati recte de hoc constare possit, cum testamenta plurima dentur per plura secula effectum suum extendentia. Refert huiusmodi exemplum MABILLON. saepe laud. opere *de re diplom. l. 1. cap. 7. §. 2.* de testamento Abbonis Patricii, quod iam ex parte valde dirutum et laceratum erat, oblato Carolo M. ad recognoscendum, quod etiam subinde Diplomate nouo confirmauit, quod *cit. l.* refert.

§. XX. Tandem iam facile potest ex hactenus dictis decidi quaestio: *an ex testamento non legibili possit immissio decerni ex l. f. C. de Edict. D. Hadr. tollend.* In hoc vnico enim tota decisio se fundat, num lectio testamenti desperata vitium visibile contineat? Equidem principaliter vitia visibilia reduci solent ad defectus solemnitatum, qui statim vnicuiuis in sensus incurrunt. Sed vero cum *in l. 3. C. de Edict. D. Hadrian. toll.* simul ad vitia alia ex cancellatione aut abolitione respiciatur, et vero vitium, scil. quod testamentum non sit legibile, huc quoque pertineat, eatenus scilicet, quatenus vitium hoc totum testamentum euertit, ceu §. 17. dictum, non videtur immissio ex tali testamento decerni posse, praesertim cum et hoc vitium sit visibile. Sicuti enim rasura vel cancellatio ad impediendam istam immissionem debet esse facta circa heredis institutionem vel testium subscriptionem, vel alia verba, quibus de substan-

tia et vi teſtamenti agitur: RICHTER *add. l. ſ. n. 174. ſeqq.* ita idem applicandum ad præſens vitium. Poteſt hoc iam illuſtrari exemplis *ſ. 11.* datis. Nam ſi deletio facta, ita vt non amplius heredis nomen legi poſſit, fruſtra immiſſio petitur. Quid vero ſi adhuc legi poſſit, dubitetur autem, an conſulto deletio, an vero inconſulto facta, an ille interim heres, qui deletus eſt, poſſit petere immiſſionem, reiecta quæſtione, an ſcilicet deletio ſit facta conſulto an inconſulto teſtatore, ad proceſſum ordinarium? Quod non puto aſſerendum, cum et deletio ſufficiat, quæ per ſe vitium viſibile inuoluit. Nam et in cancellato teſtamento idem dici poſſet, cum tamen expreſſe in *cit. l. ſ.* requiratur teſtamentum *non cancellatum, nec abolitum.*

CAPVT IIII.

DE

INSTRVMENTIS ET ALIIS SCRIPTVRIS NON LEGIBILIBVS.

ARGVMENTVM.

Notarii debent inſtrumenta ſcribere literis legibilibus ſ. I. Illuſtratur et explicatur hoc vlterius ſ. II. An excuſentur eruditi, quod male ſcribant, vbi etiam exemplum de Medico ſ. III. Notarii in charta pura non raſa aut lacera ſcribere debent ſ. IV. Protocollum quoque Notarii ita debent conficere, ne impedimentum lectioni creetur ſ. V. De exemplificandis inſtrumentis vetuſtate corruptis ſ. VI. Quid operetur inſtrumentum vetuſtate

state ita corruptum, vt legi non possit §. VII. Quid si a muribus corruptum sit §. VIII. Quid si rasura lectioni impedimento sit §. IX. Conclusio §. X.

§. I.

Quo maiorem publica instrumenta vim et efficaciam a iure acceperunt; eo magis quoque integritas eorum tam quoad solennia, quam quoad scripturam conseruanda. Vbi enim in illa aliquis deprehenditur defectus, facile est, vt interuerti et efficacia eis denegari possit. Vtrumque praecauere voluit MAXIMILIANVS I. *in Ordinat. Notar. de Anno 1512.* praescribendo Regulas certas tam in solennibus Instrumenti, quam in scriptura ipsa obseruandas. De his quidem tantum in praesentiarum erimus sollieiti. Ita autem ille in *§. 31.* Item die Notarien sollen sich auch hüten, denn ihnen wird mit dieser Ordnung verboten, ihr Instrumenten mit so viel gekürtzeten, dunckeln und zweiffelhaften Worten, die dann ein Instrument zu Unnutz machen, oder auch durch Ziefer-Zeichen oder notas, sonderlich die nicht gemeiniglich allen bekant sind, dieweil dieselben gar leichtlich geändert und gefälschet werden mögen, sondern mit gantzen gemeinen leßlichen und erkanten Buchstaben in Pergamen und nicht Papier in Lateinischer oder Teutscher Sprache schreiben.

§. II. Tria maxime in hoc textu quoad integritatem scripturae eiusque lectionis deprehendo obseruanda (1) Ne adhibeantur verba obscura dubia et concisa vel potius abbreuiaturae. Supra iam declaraui, qua ratione etiam verba

obsoleta et *dubia* vt et *obscura* scripturam non legibilem facere possint, quod itidem Instrumentis applicari potest. Præprimis quæ de Zisris *cap. antec.* dicta sunt, huc quoque repetenda, vnde fere in morem abiit, vt summa debita primo numeris deinde integris literis scribatur. STRYK. *de Caut. Contr. S. 1. c. 6. §. 7.* Inprimis vero in literis cambialibus hic fraudes admitti posse, facile cuilibet patet, et memini, a quodam in praxi celebratissimo ICto relatum esse, hodie propter tales Zisras in literis cambialibus positas et suspectas ingentes controuersias agitari. (2) Iniungitur Notariis vt legibilibus in scribendo vtantur literis. Ex eo fit, quod tam multa vetusta diplomata hodie sint minus legibilia, vnde et in iis transcribendis tam sæpissime peccari fatetur ipse MABILLON *de re diplomat. l. 2. c. 1. §. 9. p. 57.* imo se ipsum sæpe peccasse simul addit, cum tamen singulari peritia in legendis illis scriptis erat præditus. Meretur locus *citat.* vt integer legatur, quia et alia singularia ibi occurrunt, quæ hic quidem tangere nequeo. Sed redeo ad Notarios, quibus hoc intuitu non applicari debet vulgatum: *docti male scribunt.* Nam et inter Notarios quidem eruditos plurimos reperiri non negandum; ast dum simul Notarii sunt, debent quoque Notariorum qualitates adimplere. Idem quoque Aduocati obseruare debent in libellis iudici aliisque productis exhibendis, vt de plano legi possint. HILTROP. *in process. iud. p. 1. tit. 26. n. 11.* ZAVNSCHLIFFER. *in tr. de Offic. iud. supplet. p. 2. concl.* 17. §. 1. Ordin. Cancell. Hannover. de Anno 1663. *tit. 3. vers.* und die Schrifft gleichlautend. Vt et die verneuerte Reichs-Hof-Raths-Ordnung Ferdin. III. *de Anno 1654. lit. 3. §.* Welches vornemlich, vers. daß sie ihre producta deutlich und leserlich geschrieben einge-

ben

ben *R. I. de Anno 1654.* §. *34.* verſ. jedoch deutlich und diſtincte, adeo vt plerumque talia ſcripta male exarata ſoleant reiici. vid. IO. SAM. STRYK. *diſſ. de reiect. ab. act. c. 3. n. 89.*

§. III. Num ergo alii eruditiores hoc ipſo accuſantur? Cum enim communis eruditorum næuus ſit, *male ſcribere*, fere ad culpam non videtur referendum. Pertinet huc caſus quem tangit THOMAS. *in diſp. de iure circ. ſomn. et ſomnia c. 5. §. 4.* de Medico qui malis et non legibilibus literis in *Recepto*, vt vocant, præſcripſerat ægrotanti *Apium*; Pharmacopæus vero pro *Apio* legerat *Opium*, quod ipſum ægrotanti mortem attulit. Medicus excuſandus videbatur ex communi illo defectu. Pharmacopæus vero forſan ex eo, quod ipſi imputari non poſſit, quod literam male exaratam ipſe dignoſcere non potuerit, hinc caſus hic magis pro fatali quam culpoſo videtur habendus. Cæterum ſi ſatis diſtincte legi potuiſſet, ex negligentia autem opium pro apio fuiſſet datum, alia deciſio fuiſſet formanda.

§. IV. Vltimo denique iniungitur Notariis, vt Pergamenum tantum adhibeant non chartam, quo ſcil. inſtrumenta eo diuturniorem poſſint præbere probationem. Inſtrumenta enim chartacea quam multis ſint obnoxia caſibus, iam deductum eſt *cap. 1.* In praxi tamen hoc non eſſe præciſæ neceſſitatis teſtantur ipſi Camerales vid. GAIL. *1. Obſ. 119. num. 3.* MYNSING. *Cent. 1. Obſ. 88. in addit.* GYLMAN. *lib. 2. rer. iudic. Cam. Imp. p. 470.* modo alias ſit charta pura et integra, non maculata raſa aut lacera, quod in ſpecie Notariorum iuramento inſeri ſolet, daß ſie nicht auff Zettul, abgeſchabt

oder zerrissen Papier Contractus verzeignen wollen STRYK. *de Caut. Contr. S. 1. c. 6. §. 2.* ne aliquid sit, quod lectionem eius impediat.

§. V. Cæterum cum Protocollum Notarii, tanquam matrix ipsius Instrumenti, der erste Entwurff, magnam quoque fidem mereatur, et sæpius ad illud recurrendum sit, adeo, vt si diuersitas aliqua inter Protocollum et instrumentum reperiatur, plus credatur Protocollo tanquam Originali quam instrumento tanquam transumto STRYK. *de iure protocol. c. 4. n. 22.* ALEX. *Vol. 2. cons. 105.* NICOL. EVERH. *de fid. Instrum. c. 3. n. 55.* hinc MAXIMIL. I. *cit. ordin.* de integritate eorum sollicitus fuit in §. 23. hisce verbis: Und in gemein zu reden so sollen die Notarien höchsten Fleiß ankehren, daß sie in Einsetzung und Auffschreibung ihrer Protollen und Abbreviaturen nicht eilen oder geschwind handeln, sondern mit gutem Fleiß und Auffmerckung alle und jede clausuln protocolliren. Imo quia in extensione protocolli facilius fraudes occurrunt, hinc in §. 19. disponit, vt ipsi per se hoc faciant, non per alios, licet contrahentes id vel maxime desiderent, simulque promittant, quod illi, qui protocollum fecit, rursus ad reuidendum instrumentum extensum offerre velint, quo iudicare possit, an omnia sint secundum protocollum in Instrumentum coniecta. Additur in §. 20. hæc ratio: Wie dann leichtlich zu Zeiten mit einem Worte, und Sylben ja zu Zeiten mit Buchstaben geschehen mag, und so unachtbarlich und klüglich, daß der Notarius noch die andern mit-contrahenten solches kaum und nicht gantz mercken mögen, ex quibus patet, quam periculosum sit, si protocollum per alios extendatur. Quid tamen, si Notarius, qui protocollum

collum fecit, non amplius sit in viuis? Tunc quidem extensio eius per alium fieri potest, sed iuxta §. 29. *cit. ordin.* non aliter quam publica autoritate durch richterliche Gewalt, quod idem quoque dispositum reperimus in *c.* 15. *X. de fid. instrum.* Ratio huius rei additur in *cit.* §. 29. dieweil solche extension und was unter dem Wörtlein und Zeichen ꝛc. oder andern gebrechhafften und bekürtzten Worten, vielleicht darinne stehend begriffen und verstanden werde, zu des Richters und nicht seiner (des Notarii) Achtung stehet. Caeterum quod in specie clausulam illam *Etcaeterationis*, vt loquuntur, et de qua in textu mentio fit, attinet, plenius de illa consuli potest STRYK. *de Etcaetera vol.* 3. *disp.* 5. *c.* 5. *n.* 11. *seqq.*

§. VI. Quodsi per vetustatem instrumentum aliquod non legibile fieri incipiat, recurrere solent ad exemplificationem. Disponit de hac plenius *c. f. x. de fide instrum.* vbi in specie *vetustatis*, ob quam lectio deficere incipit, fit mentio GONZALEZ TELLEZ *ad cit. c.* 2. Vt vero haec exemplificatio effectum suum habeat, diserte requiritur in *cit. c. fin.* vt exemplanda instrumenta iudici praesententur, vt ille cognoscere possit, *an in nulla sua parte vitiata fuerint.* Si enim ipsum Originale vitio aliquo laborat, forsan quod iam amplius per suam vetustatem non sit legibile, tunc ipsa exemplificatio erit nulla. FORSTERVS de exemplis *c.* 3. Imo et illud requirunt, vt notae originalis, quod nonnullas cassaturas et interlineaturas habet, cum eodem exemplentur, vt saluae vbique maneant exceptiones MVLLER. *ad Struv. Ex.* 27. *th.* 31.

§. VII. Solent equidem non raro instrumento inserere hanc clausulam: Solte gegenwärtiges Instrument an Papier

pier Schrifft und Siegel naß feucht löchericht oder sonst schadhafft und wandelbahr werden, soll solches dem Creditori gantz unschädlich seyn. Verum hæc cautela, iudice STRYK. *in Caut. Cont. S. 1. c. 6. §. 5.* vix quicquam operabitur, si vel instrumentum ita corruptum vt legi amplius non possit, vel alia annullati instrumenti indicia adsint. Quamuis enim substantia crediti non quidem ex ipso instrumento dependeat, sed id solum vicem probationis obtineat: tamen cum ita deficiat plerumque probatio, etiam ius deficere necessum sit *l. 30. ff. de testam. tut.* Occurrit exemplum in *c. inter dilectos. 6. x. de fide instrum.* de instrumento quodam, quod ad probandum producebatur, habens tamen sigillum, cuius literæ non amplius erant legibiles, scripturæ deletæ vel aliter corruptæ. Hinc INNOCENTIVS III. tale instrumentum ad probandum non admittebat: *nam*, inquit, *in ipso sigillo nullæ aliæ literæ apparebant nisi quæ nomen proprium cum hac adiectione: Dei gratia, designabant. Sed cum proprium nomen ipsius Episcopi fuerit Luithardus, et in nomine proprio, quod exprimebat sigillum, deletæ fuerunt duæ literæ, secunda, quæ erat inter* l *et* t *et sexta quæ fuerat in* R *et* V *ita quod si secunda* o *et sexta fuisset* i *procul dubio non Luithardus sed Lotharius legeretur; Quod etiam inde conuinci poterat, quod secundum dispositionem aliarum literarum inter* l *et* t *non erat spatium, nisi quod potuisset vnam literam continere, cum secundum integritatem huius nominis Luithardus inter* l *et* t *duæ literæ sunt diuersæ, præterea inter* R *et* V *tam modicum erat spatium, vt in eo nec hæc litera* d *quæ maius occupat spatium, sed hæc litera* I *quæ minimum occupat videretur formata esse.*

§. VIII.

§. VIII. Equidem *cap. antec.* §. *18.* iam prælibauimus quædam de caſu alio, quo teſtamentum a muribus vel gliribus corroſum eſt. Quid vero dicendum de inſtrumento quodam, quod hoc defectu laborat, an adhuc probandi vim obtinebit? Non vna reſponſione rem abſolui poſſe facile patet. Diſtinguendum ergo, an inſtrumentum prorſus ſit corroſum, an vero pro parte. Hoc caſu ſi quidem tantum corroſio in *accidentali parte* chirographi vel inſtrumenti facta, fides ſine dubio adhuc habenda, cum integritas ipſius Inſtrumenti per hanc non vitietur: Si vero in *eſſentialibus*, certe dubium redditur et ſuſpectum, imo ſi plane amplius legi nequeat, fruſtra ad probandum producitur, niſi ex præcedentibus, et conſequentibus colligi poſſit inſtrumenti aut priuilegii tenor, tunc enim lectio deficiens ſuppletur per coniecturas ſufficientes Conſ. STRUV. *Diſp. de Muribus c. 4.* vbi plenius de hiſce caſibus diſſerit. Illo vero caſu, non valere inſtrumentum, per ſe patet, cum nullo modo ita ſit legibile. Certe tamen ipſum creditum propterea non perit, ſi aliunde rei veritas haberi poſſit, veluti ſi adſint teſtes, vbi tamen requiritur, vt ſint idonei literati et facile potuerint inſtrumentorum vitia cognoſcere, quia declarare debent, non modo ſe vidiſſe ac legiſſe inſtrumentum, quod dicitur a muribus corroſum, ſed ſcire, quid in eo contineatur, atque in nulla parte eſſe vitioſum STRUV. *cit. l.* §. *12.* Eadem ſcilicet hic obſeruanda ſunt, quæ alias in probatione, quando inſtrumentum eſt amiſſum, de quo caſu plenius conſuli poteſt HAHN. *ad Weſ. tit. de fid. inſtrum. n. 6. verb. quod ſibi ipſi contrarium.*

§. IX. De *rasura* quidem et *interlineari scriptura* hic plura addere constitueram, quia et ex hoc defectu sæpe lectioni potest obstaculum creari. Verum cum illa, quæ hic quidem vberius differere poteram, plenius iam sint et sufficienter excussa in speciali disp. STRYK. *de Rasura*, sufficit B. L. ad hanc solummodo ablegasse, ex qua, quæ huc afferri poterant, facile diiudicabit. Interim quoad instrumenta inprimis huc referri meretur *Ordin. Notar. Maximil. I. de Anno 1512.* §. Die Notarien sollen auch, *30.* De lituris etiam plura habet sæpe laudatus Mabillonius *de Re diplom. lib. 2. c. 1. §. 10. et 12.* quæ omnia hic excutere, tempus iam quidem non patitur. Illustre exemplum huc optime quadrans præbet Historia belli Schmalckaldici, vbi postquam Augustanæ confessioni addicti principes fere apud Imperatorem Carolum V. reconciliationis iure redierant in pristinam gratiam, solus Landgrauius Philippus supererat, qui adhuc non eadem fruebatur securitate et pace. Flectebatur tamen tandem Imperator, inprimis precibus Ducis Mauritii et Electoris Brandenburgici, ita vt illum certis sub conditionibus reciperet, vbi inprimis in pactis dicitur inserta Clausula ohne eintzige Gefängnüß. Hac spe fretus Philippus Halam se conferebat supplex ad Imperatorem, sed nihilominus in captiuitatem detrudebatur et ita captivus Cæsarem sequi tenebatur. Referunt autem Clausulam illam ohn eintzige Gefängniß per subtilem rasuram ab Imperatoris ministro mutatam fuisse in hæc verba: Ohn ewige Gefängnüß: Inde versus:

Captus erat Princeps non Marte, sed arte Philippus

Quæ si vera sint, vti vulgo ita referuntur (vid. HORTLEDER. *lib. 3. c. 84.* aliique citati apud DN. ARNOLDI in der Kirchen= und

und Ketzer - Historie *p. 2. lib. 16. c. 4. §. 24.*) argumentum præbent, quam facile breuis et leuis rasura lectionem immutare deprauare et dubiam reddere possit.

§. X. Superesset, vt adhuc quædam adderem de illis suspectis scripturis, ex quibus alteri creari præiudicium potest, et quatenus artes Steganographicæ indicium ad torturam sæpe præbere possint, vt et alia, quia hæc materia diffusissima est. Sed hæc secundis curis reseruare constitui, cum quidem iam hisce meditationibus vlterius inhærere ob alia negotia impediar. Deo interim sint grates immortales.

EXERCITATIO LXIX.

AD LIB. XXIII. PAND. TIT. I.

DE DIVERSO SPONSALIVM ET MATRIMONII IVRE.

PROLEGOMENA

DE PRAEIVDICIIS QVIBVSDAM CIRCA MATRIMONII ET SPONSALIVM CONVENIENTIAM.

ARGVMENTVM.

§. I. Error quorundam sponsalia et matrimonium eodem censu habentium. Eius causa 1. ex male intellecta regula

gula: consensum facere nuptias. §. II. III. Discrimina consensus sponsalitii et matrimonialis. §. IV. Causa II. ex promiscua desponsatorum et coniugum appellatione in iure diuino et ciuili. §. V. Quo sensu id fiat? §. VI. Causa III. ex dogmate de sponsalibus de præsenti. §. VII. Indoles sponsalium de futuro, §. VIII. et sponsalium de præsenti §. IX. De his Protestantium sententia. X. Argumenti ratio.

§. I.

Error quorundam sponsalia et matrimonium confundentium

Non adeo mirandum est, non tantum olim repertos, qui nullam in effectu inter *sponsalia* et *nuptias* differentiam statuerunt, sed adhuc hodie etiam hanc sententiam a celeberrimis quibusdam viris defendi, cum grauissimis omnino dubiis scopulisque tota hæc doctrina referta sit. Agite, aperiamus huius sententiæ fontes riuulosque, eamque paulo plenius examinemus. Primum eius fundamentum tanquam palmarium deprehendo *in l. 30. D. de R. I.* quæ docet *consensum facere nuptias*, *non concubitum*, quod etiam confirmat *l. 66. de donat. inter vir. et vxor.* Inde collegerunt CARPZOV. *Pr. crim. quæst. 56. n.* 22. STRVV. *exerc. 29. th. 20.* HAHN. *in not. ad Wesenbec. tit. D. de sponsal. n. 3.* et magna pars protestantium Theologorum et ICtorum, ad nuptias contrahendas solum *consensum* quibuscunque verbis, quibus matrimonium quomodocunque promittitur, consistentem sufficere, modo verba *pure* sint concepta, nec promissio conditione aliqua vel *tempore* dilata sit, atque inde effectus iuris, qui de *coniugibus* concepti sunt, etiam ad eiusmodi *desponsatos* trahi debere.

Fundamentum erroris primum quod nuptias consensus faciat.

§. II.

§. II. Sed hoc exinde minime probari videtur. Regula VLPIANVM agnoſcit auctorem, et idcirco caſus ab eodem VLPIANO in *l. 15. D. de condit. et demonſtrat.* adductus repetendus. Legatum erat virgini ſub conditione: ſi *nupſerit*; quærebatur, quando illa eſſet impleta? reſpondet, conditionem illam, *ſi nupſerit*, ſtatim ac *ducta* eſt vxor, impletam dici, quamuis non venerit in cubiculum mariti. Pro *ratione decidendi* regulam ſubiicit: *nuptias enim non concubitus ſed conſenſus facit.* His verbis non *conſenſum qualemcunque* ſeu *promiſſionem* illam, quæ intercedit in *ſponſalibus*, quibus promittuntur *futuræ nuptiæ iuxta l. 1. de ſponſal.* intelligit ICtus, ſed cum ipſa *ductione* coniunctam ſeu *matrimonialem*, quo maritus *fidem coniugalem* pollicetur, et conſentit nuptiis *præſentibus*, accipitque vxorem in domum traductam, vid. RITTERSHVSIVS *ad rubr. tit. I. de nupt.* FRANC. HOTTOMANN. *lib. 4. obſeru. c. 26.* CYPRAEVS de *ſponſal. c. 5. §. 4. n. 8.* GODOFRED. *in not. ad l. 15. D. de condit. et demonſtrat.* CVIACIVS *in prælect. ad h. l. 30. de R. I.* quem demum *concubitus* ſequitur. Et licet *deductio in domum* ordinarium erat conſenſus *matrimonialis indicium*, poterat tamen hic conſenſus etiam aliter declarari, vt matrimonium eſſet ante ſolennem *ductionem*, ſi in *præſens coniugium* conſentirent, qualis eſt ſenſus *cit. l. 66.* quæ *conſenſum matrimonialem* vtique ſupponit, non tamen cum *ſponſalitio* confundit. Accedit, quod VLPIANO non infrequens ſit, pro: *non tantum, ſed*, etiam ponere *non ſed*, vti *ex l. 32. §. 13. D. de donat. inter vir. et vxor.* patet, vbi ſecunndum propoſitam facti ſpeciem dicere debuiſſet, *non enim tantum coitus* (ſeu corporalis cohabitatio coniugum) *ſed etiam ſola maritalis affectio ſine coitu matrimonium durare facit*, et tamen ita pronunciat, *non enim coitus matrimonium*

Eius deſtructio.

facit; ſed maritalis affectio; item *ex l. 5. D. de ſeruit. vrban. præd.* vbi ICtus dicit: *inuitum autem in ſeruitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, ſed eum, qui non conſentit*; h. e. non tantum qui contradicit, ſed etiam qui non conſentit. conf. GOTHOFRED. *ad cit. l.* Denique licet nuptiæ et ſponſalia conueniant in eo, quod conſenſu perficiantur, quorſum etiam collineat IVLIANVS in *l. 11. D. de ſponſal.* aiens: SPONSALIA *ſicut* NVPTIAE *conſenſu contrahentium fiunt, et ideo ſicut* NVPTIIS *ita* SPONSALIBVS *filium familias conſentire oportet.* Inde tamen non vnum idemque negotium efficiendum eſt, alioquin ipſa emtio venditio, quæ itidem ſolo conſenſu perficitur, quoque matrimonium produceret. Imo quemadmodum in vniuerſum conſenſus de *faciendo* ſeu de *facto futuro* non eſt confundendus cum *facto præſenti*, v. g. pactum de emendo, vendendo, de inueſtiendo, cum emtione, venditione, cum inueſtitura; ita omnino ille conſenſus, qui in *ſponſalibus* cernitur, non idem eſt cum eo, qui *nuptiis* et dum vxor ducitur, interuenit. Ille *ſponſalia*, hic demum *nuptias* efficit: vterque reſpicit matrimonium, ille *futurum*, hic *præſens*: ille *matrimonialem* præcedit, eoque ſolis verbis, ſine intentione cohabitandi, futuræ nuptiæ repromittuntur. Hic vero illum poſtea ex interuallo ſequitur, eoque ita conſentiunt, vt ſtatim coniuges ſint, et *coniugalis ſocietas* inter ipſos conſtituatur, alter alteri ius ſui corporis det, et viciſſim ab altero accipiat, idque ſobolis procreandæ gratia, cum promiſſione omnium officiorum, quæ DEus mutuo a coniugibus requirit, ZEPPER. *de LL. moſaic. lib. 4. c. 20.* Ille vinculum quidem continet, ſed non *indiſſolubile*, a quo facilius recedere, et cum alio matrimonium inire licet *l. 1. C. de ſponſal.* Nihil vero nos mouet GLOSSATORIS ad *leg. Longob. 1. lib. 2. tit. de ſpon-*

Differentia inter conſenſum matrimonialem et ſponſalitium.

ſponſal. ratio in contrarium. *Nam*, ait, referente SCHILTERO *exerc. 36. ad D. §. 3. ſi contractus fiat ſub conditione et ſic in futurum, ea exiſtente perficitur absque alio conſenſu*, ſcilicet ſponſalitio, qui antea ſub conditione fuit interpoſitus, et hactenus ſuſpenſus. Sed inde minime fluit, quod nuptiis non accedat alius et *fortior* conſenſus, non de futuro amplius coniugio contrahendo, ſed eo, quo ipſum contrahitur, occupatus. Sunt omnia ſponſalia de *futuris nuptiis*, non tamen eodem modo conſtituuntur, ſed quædam ſub *conditione*, quædam ex *die*, quædam *abſolute* et *ſimpliciter* futuras nuptias intra tempus legibus definitum contrahendas pro ſcopo habent.

§. III. Deinde nuptiæ non dicuntur ex eo, quod contrahentes *pure* et ſine vlla *dilatione*, ad ineundum inuicem matrimonium, ſe obligauerint; talis conſenſus tantum ſponſalia facit, ac contrahentes obligat ad implendum promiſſum, ſcilicet vt alter alteri cohabitet. *l. 1. D. de ſponſal.* STRVV. *exerc. 29. th. 11.* Sed ad hoc, vt contractæ dicantur nuptiæ, requiritur, vt contrahentes inter ſe coeant *pr. et §. 12. l. de nupt.* i. e. non tantum *animis* et *votis*, ſed etiam vt præſentem intendant cohabitationem coniugalem, quem in finem etiam debita aetas vel aptitudo ſupponitur. Vnde ſi cum contractibus conſenſualibus matrimonium comparandum eſt; hoc caute et ea ſub ratione faciendum, vt quidem *conſenſu matrimoniali* perfici matrimonium dicatur, non vero *ſponſalitio.* Ille enim demum præſentem dat facultatem cohabitandi, non hic. Ille *coniuges* facit, hic *deſponſatos.* Ille ius in corpus tribuit; non hic. Ille præſens implementum matrimonii pro ſcopo habet; hic vero futurum, vbi ex poſt fa-

Quomodo eſſentialiter nuptiæ conſtituantur.

fa-

cto nouus conſenſus coniugalis acceſſerit. Hic enim præparat negotium, ille perficit, conſtituitque.

Fundamentum ſecundum erroris, quod nuptiæ et ſponſalia in quibusdam conueniant cum iure diuino.

§. IV. Præiudicium ſecundum in hac materia ortum traxit ex conuenientia quadam ſponſalium et matrimonii, non ſolum quoad *appellationem*, ſed etiam quoad inſignes quosdam *effectus* tam iure diuino quam ciuili proditos. Mos eſt S. Scripturæ, appellare vxores *ſponſas*, et vice verſa, vti *Gen. 29. v. 21.* vbi IACOB loquens de RACHELE ſibi tum deſponſata, *trade mihi*, inquit, *vxorem meam*, et *Deut. 22. v. 24: Si quis ſponſam alterius in agro oppreſſerit, morte morietur, quia vxorem alterius violauerit.* conf. *Matth. 1. v. 20. Luc. 2. v. 7.* vbi angelus Domini ad IOSEPHUM dixit: *Noli timere Mariam vxorem tuam* (quæ *v.* 18. erat Ioſepho tantum deſponſata) *ad te aſſumere.* Vnde PHILO IUDAEUS *in lib. de ſpecial. leg. p. 1066.* ad locum *Deut.* ſic commentatur: *Sponſalia tantumdem valent, quantum nuptiæ*, ſicuti *Hoſ. 4. v. 13.* Sponſa alteri copiam ſui faciens *adultera* vocatur. Hæc et alia argumenta olim a pluribus aſſumta ſunt patribus, quorum teſtimonia collegit GRATIANUS *in c. 1. ſeqq. C. 27. q. 2.* et illuſtrauit ex eo DARTIS *ad cit. l.*

Tum iure ciuili.

Pari ratione etiam *iure ciuili* ſponſalia cum *nuptiis* conueniunt, vt in *l. 17. §. 1. D. de reb. auth. iud. poſſ.* ac appellatione vxoris *ſponſa* quoque venit, quemadmodum ſponſus *mariti* nomine *l. 37. §. 13. D. de donat. inter vir. et vxor. l. 30. D. de R. I.* Hinc nonnunquam ſocer et ſocrus gener et nurus ſtatim a ſponſalibus appellantur, *l. 6. et l. 8. D. de grad. et aff. l. 4. ad l. Pompei. de parricid.* itaque in vno loquentia locum quoque habere videntur in altero *l. 58. D. de iure dot. l. 4. de fund. dot. l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign.* quod diſponitur de *nuptiis*, id locum etiam

etiam habere videtur in *ſponſalibus*, vt eſt textus in *l. 15. §. 1. l. 7. §. 1. D. de ſponſal. l. 15. de condit. et demonſtr.* et ſic prohibitiones nuptiarum ad ſponſalia quoque pertinent *l. 5. et 16. D. de ſponſal.* Sicuti res a marito quæſitas vxor non acquirit, patri, ita nec ſponſa quæſita a ſponſo *l. 2. D. de dot. proleg. et l. 5. C. de bon. quæ lib.* Sponſus etiam ob iniuriam ſponſæ illatam, quippe quæ ad contumeliam eius ſpectat, tanquam maritus iniuriarum agere poteſt. *l. 15. §. 24. D. de iniur. iuncta l. 1. §. vlt. eod.* Vti vxor de dote data actionem habet, *l. vn. C. de rei vxor. act.* ſic etiam ſponſa dare poteſt dotem, et de dote habet actionem. *l. 7. C. de R. N. l. 74. de l. D.* Similiter quemadmodum vxor habet ius prælationis in bonis mariti *l. vlt. §. 1. C. qui pot. in pign.* ſic etiam ſponſæ idem tribuere ſolent in bonis ſponſi. *l. 17. §. 1. de reb. auth. iud. poſſid.* Actio rerum amotarum aeque aduerſus ſponſam res ſponſi amouentem atque aduerſus vxorem conceditur. *arg. l. 15. D. reb. amot.* Donationes inter ſponſum et ſponſam, æque ac inter maritum et vxorem videntur prohibitæ. *l. penult. D. de donat. int. vir. et vxor.* Cum *L. Iulia* cauetur, ne inuito denuncietur teſtimonium dicere aduerſus ſocerum vel generum *l. 4. D. de teſt.* generi nomine ſponſum quoque filiæ contineri placet, item ſoceri ſponſæ patrem, *l. 9. D. eod.* Vti legitimus eſt filius, qui ex viro et vxore eius naſcitur, *l. 6. D. de his, qui ſui vel al. iur.* ita etiam, ſi ſponſus cum ſponſa concumbat, decedatque nondum ſecutis nuptiis; natus legitimus habetur per rationem *l. 30. de R. I.* Sponſa, vti vxor, adulterium committit, alteri copiam ſui faciens, *l. 13. §. 3. et 8. ad l. iul. de adult.* et de eo, iure viri agere poteſt ſponſus, *l. 17. eod.* obque id diſſolutionem ſponſaliorum petere, vel ſponſæ condonare et eam recipere poteſt. *Nou. 134. c. 10. v. adulteram, authent. Sed hodie Cod. ad L. Iul. de adult.* Vti non licet

duas simul habere vxores, §. 6. *l. de nupt. l. 18. C. ad L. Iul. de adult. l. 6. C. de incest. et inu. nupt.* sic nec duas sponsas habere licet, binaque sponsalia aeque ac binæ nuptiae eodem tempore contractæ, infamiæ poenam merentur. *l. 1. de his, qui not. inf.* Sponsa quoque deserta pro consequendis alimentis in sponsi bona immittitur, vt vxor. *l. 20. C. de iur. dot.*

Examinantur argumenta ex sacro codice.

§. V. Sed sicuti quæ inter se in quibusdam conueniunt, non statim sunt eadem; ita mirifice errare mihi videntur, qui ex quibusdam conuenientiis nuptiarum et sponsaliorum confusionem omnimodam rerum diuersarum inducunt, et a particulari ad vniuersale argumentantur. Nam vt argumenta sacri Codicis paucis tangam, palam est, sponsam in sacro Codice non propterea vocari *vxorem*, quod inter ipsas nulla sit differentia, sed quia *sponsa* est *vxor sperata, pacta, promissa, futura.* Insolens quippe non est in sacris, denominationem rei ab *euentu futuro* peti, et quæ futura sunt, tanquam præsentia repræsentari. Nec omne discrimen inter *sponsalia* et *matrimonium* ignorarunt aut reiecerunt veteres Hebræi, quod solide docet SELDENVS *de vxor. Hebr. lib. 2. c. 1. seqq.* Quid quod nec patres sustulerint discrimen, vt loca a GRATIANO *C. 27. q. 2.* collecta docent, qui et ipsemet post c. 39. hæc addit: *sponsæ appellantur coniuges consuetudine scripturæ spe futurorum non effectu præsentium. Vnde Ambrosius cum dixisset (cum initiatur coniugium) non addidit tunc res vel effectus. Sed tunc nomen coniugii adsciscitur, ostendens tales coniugii nomen habere non rem vel effectum.* Et post pauca: *Hinc Augustinus ait (noli timere accipere Mariam coniugem tuam) coniugem nominauit, quia futura erat vxor.* Similiter BEDA *super c. 1. Leuit. quando*, inquit, *sponsam Moses dicit vxorem, non quæ tunc erat, sed quæ futura erat vxor.* Sic

Ex iure ciuili.

nec stringunt argumenta *ex iure ciuili* petita, cum notum sit ea,

ea, quæ in vno vel altero conueniunt inter se, non statim in omnibus conuenire. Proinde sponsalia, licet in aliquo cum nuptiis conueniant, nihilominus tamen ab his adhuc manent distincta, vt nuptiis contractis demum dicantur antea desponsatæ *vir* et *vxor*. Sponsalibus vero celebratis *sponsus et sponsa l. 13. §. 2. et 3. D. ad L. Iul. de adult.* Aliud vtique in plerisque iuris articulis *maritus* est, aliud *sponsus; l. 1. §. 2. D. pro dote*, aliud quoque *vxor*, aliud *sponsa, l. 24. C. de nupt.* nec in sponsa verum est matrimonium *l. 8. D. de condict. caus. dat.* Est enim sponsus duntaxat maritus *futurus*, et sponsa vxor *futura l. 1. cum seqq. D. de sponsal.* Imo appellatione *vxoris* non indistincte et vbique continetur sponsa, sed ex quadam interpretatione in iis causis, in quibus *sponsæ* et *vxoris* eadem prorsus ratio esse videtur. *l. 16. D. de sponsal.* ibi: *vt suppleatur quod orationi deest.* Et quamuis sponsus aliquando pro *marito* haberi videatur, hoc tamen magis fit *abusiue* et *improprie §. 9. l. de nupt. l. 12. §. 1. et 2. D. de rit. nupt. e. g.* in iis casibus, vbi propter *nuptiarum affinitatem* paritas rationis id suadet, eodem modo, quo, terminis habilibus positis, cingendus aliquando haberi solet pro cincto. Quod tamen in vniuersum haud procedit, vt plenius ostendit TIRAQVELL. *de retr. conuent. §. 5. ad fin. tit. gl. 2. n. 42. seqq.* Quidam etiam addunt, sponsum sponsamue in *fauorabilibus* iure coniugum vti, non autem in *poenalibus* seu *odiosis.* Sed nec hoc vniuersim, nec semper verum est. Iure enim diuino et Romano *adulterii* tenetur stuprata sponsa, ac si contingat, sponsum ante ad tumulum quam ad thalamum genitalem deduci, non consequitur sponsa ea iura, quæ superstiti ex matrimonio inferri solent, non succedit sponsa sponso iure Romano, ex edicto *vnde vir et vx.* non habetur hodie inter sponsum et sponsam inducta

 bono-

bonorum communio, nec percipit superstes sponsus seu sponsa quicquam ex iis, quae pactis dotalibus superstiti coniugi promissa sunt *arg. l. 24. C. de nupt.* de quibus et multis aliis prolixius in ipsa tractatione agemus.

Tertium erroris fundamentum ex doctrina iuris canonici de sponsalibus de praesenti petendum.

§. VI. Tertium erroris communis fundamentum natum est ex distinctione iuris canonici inter sponsalia de *futuro* et *praesenti*, quae tamen ex iuris Romani doctrina non descendit: quamuis hoc asserant VLRICVS HVBERVS *lib. 2. digress. c. 7. seqq.* et L. B. de LYNCKER in *annal. ad D. tit. de sponsal. n. 10.* quos erudite ac solide satis refutauit PRAESES in *diss. de incongrua praxi doctrinae de sponsalibus de futuro et praesenti c. 1. §. 3. et 5.* In hac simul dilucide demonstrauit, eam potius excogitatam esse a canonistis siue scholasticis, ad discordantes opiniones veterum patrum in concordiam reducendas. Horum multi ex quibusdam locis S. scripturae supra recensitis et *c. 12. C. 27. q. 2.* repetitis, sponsalia ipsum coniugium inuoluere, propterea que indissolubilia esse; plurimi autem ea minime esse nuptias, quia simplicibus contrahebantur verbis de futuro (scilicet matrimonio) statuerunt. Hos in concordiam reducere tentauit GRATIANVS, distinguendo inter coniugium *initiatum* et *ratum*, ita vt inter desponsatos initiatum, inter copulatos sit ratum. Scholastici autem rectius huic doctrinae consuli posse crediderunt, si duas sponsaliorum species assererent, et sponsalia in ea, quae sunt de *futuro* et de *praesenti*, diuiderent, firmiter sibi persuadentes, ea distinctione totum facile componi dissidium, et negantes sponsalia esse matrimonium, intelligi posse de *sponsalibus de futuro*; eorum vero, qui sponsalia verum esse voluerunt matri-

trimonium, ſententiam reſtringi ad caſum, ſi per verba conſenſum de *præſenti coniugio* declarantia inita fuerunt.

§. VII. Sunt igitur iure canonico duplicia ſponſalia ſcilicet de *futuro* et *præſenti*. De futuro (h. e. matrimonio) eo iure dicuntur, quæ per verba *futuri temporis* contracta, qualia ſunt: *ego te ducam vel accipiam in meam*, *et ego te in meum*, vbi doctores per *meam* communiter intelligunt *vxorem*, per *meum* vero *maritum*. In his fides ſaltem de matrimonio in futurum contrahendo pure vel ſub conditione datur *c. 2. c. 5. c. 22. X. de ſponſal.* Et hæc vnius poenitentia, modo aliqua rationabilis cauſa ſubſit, *diſſolui* poſſunt, *c. ex literis 10. c. requiſiuit. 17. X. de ſponſal.* dum nudam tantum continet pactionem, et quandam quaſi de nuptiis præparationem *c. 2. 17. et penult. X. de ſponſal.* Hac de cauſa in eo conueniunt fere omnes, neminem ex ſponſalibus de futuro ad contrahendum matrimonium coactione præciſa compelli poſſe. Hæc ſponſalia in ſenſu iuris canonici cum ſponſalibus iuris Romani exacte conueniunt, tam quoad definitionem, ceu liquet *ex c. 3. C. 30. q. 5.* vbi NICOLAVS pontifex inquit: *ſponſalia eſſe promiſſa futurarum nuptiarum*, et vt INNOCENTIVS III. in *c. 2. X. de ſponſ.* ait: *quando deſponſati de matrimonio contrahendo ſibi fidem dederunt:* quam quoad *diuiſionem*. Sunt enim eodem modo vti in iure ciuili vel *pura* vel *conditionata*, obſeruante CORVINO *tit. de ſponſal. n. 3.* et tam puberum quam impuberum *tot. tit. X. de ſponſal. impub.* nullamque vti de iure Romano ſolennitatem deſiderant, ſed ſolo conſenſu, imo nutu, perfici poſſunt. *c. 2. 3. 15. X. de ſponſal.* Atque hæc ſponſalia præcedunt, nuptiæ poſtmodum ſequuntur, ac per neceſſariam conſe-

Natura ſponſaliorum de futuro.

consequentiam non vnum idemque constituunt negotium tam iure *canonico* quam *Romano*, vt patet ex *c. 39. C. 27. q.* 2. ibi: *ita institutum est, vt iam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspirauit sponsus dilatam.*

Natura sponsaliorum de praesenti

§. VIII. Sponsalia *de præsenti* sunt, quæ per verba *de præsenti*, vt dicitur in *c. 22. et 32. X. de spons. c. 14. X. de conuers. coniug.* sine vlla conditione contrahuntur *c. penult. X. de sponsal.* Verba autem *de præsenti* i. e. *coniugio* dicuntur, quibus declararunt *consensum matrimonialem*, veluti si sponsus promisit, quod mulierem aliquam ab eo tempore pro coniuge habere, et ei sicut vxori fidem suam seruare velit; mulier vero se illum pro *marito* habituram, fidemque ei tanquam *viro* proprio seruaturam promittit. *c. 9. tit. eod.* Hoc modo in fide coniugali data hic consensus consistit, et si non stringat manum, corde tamen et ore consentit ducere, mutuoque se concedunt vnus alii et se inuicem recipiunt *c. 1. X. de sponsa duor.* Alia occurrit formula *in c. 31. X. de sponsal.* et *c. 3. de sponsa duor. Ego te in meam (vxorem) accipio, et ego te accipio in meum (maritum)*, qua magis *consensum matrimonialem* quam *sponsalitium* declaratum esse voluerunt, quod verba præsentem animi declarationem continerent. Licet vero talis promissio vim inferat *matrimonii* intuitu *indissolubilis vinculi*, adhuc tamen *sponsaliorum* superesse figuram putarunt, quod *cohabitatio* deficeret, aliaque inter coniuges recepta iura locum inuenire non possent, CANISIVS *ad tit. de sponsal. n. 9.* adeoque *sponsalium* nomen adhuc retinendum fuerit. Interim illæ formulæ, quibus pontifices hæc distinguunt

guunt sponsalia, minime latinæ linguæ sapiunt elegantiam, quin potius eas CYPRAEVS ex barbarie Gothica in Romanorum suspicatur irrepsisse sermonem. Neutiquam dixere Romani *accipere aliquem in virum*, sed *aliquem accipere maritum, patrem, amicum, tutorem etc.* Porro *accipere vxorem* veteribus ICtis *ducere* significauit. Ait notanter SCAEVOLA *in l. penult. §. 1. D. de donat. inter vir. et vxor. Virgini in hortos deductæ ante diem tertium, quam ibi nuptiæ fierent, cum inseparata diæta ab eo esset die nuptiarum, priusquam ad eam transiret, et priusquam aqua et igni acciperetur i. e. nuptiæ celebrarentur, obtulit decem aureos dono.* Similiter VLPIANVS *in l. 6. de R. N.* refert, *eum qui absentem accepit vxorem* i. e. *per amicos domum duxit et rediens a cœna iuxta Tiberim perisset, ab vxore lugendum esse.* Nec tamen credendum est Pontifices solis his inhæsisse formulis; rem ipsam diuersam commode iis distingui posse crediderunt; animaduerterunt, diuersa esse, edere *consensum sponsalitium*, quo in futurum matrimonium consentiunt, siue parentes sponsalia celebrent, siue ipsæ personæ principales; et *declarare consensum matrimonialem*, quo præsens coniugium constituitur. Prius fieri credidere, si verba in *futurum* concipiantur: *accipiam;* posterius si in *præsenti: accipio:* vel vt *in c. 9. X. de sponsal.* dicitur, si sponsus promittit sponsæ, *quod eam ab eo tempore pro coniuge tenere, et ei sicut vxori fidem seruare velit*, sponsa vero quod *illum pro marito habitura sit*, vel aliis similibus declarationibus, quibus contrahentium intentio liquida et manifesta fieri possit. Id vnice constituerunt, non omnem consensum facere nuptias, sed eum demum, qui *præsens matrimonium* pro scopo haberet, et quo fidem coniugalem simul declararent, licet præsentem cohabitandi facultatem

tatem adiunctam haud haberet, in quo a iure Romano reuera discessere, quod absque tali facultate *consensum matrimonialem*, non concipit. Sed hæc distinctio inter sponsalia de *præsenti* et *futuro*, postquam per concilium Tridentinum nuptiæ pro nullis declaratæ, quæ sine *testibus* et *parocho* contractæ, plerisque in locis, vbi decretum illud inter pontificios publicatum, vsum omnem amisisse videtur. ZOESIVS *ad tit. X. de sponsal. n. 22.* ESPEN *in iur. eccles. P. II. tit. 12. c. 5. n. 29. 30.* BARBOSA *ad c. 30. X. de sponsal. n. 11.* Aut enim hæc declaratio priuatim et clandestine in ipsa desponsatione fit, aut coram parocho adhibitis testibus, prout concilium Tridentinum requirit: illo casu sponsalia eiusmodi hodie vix amplius *nuptiæ* dici inter catholicos queunt, nec ita amplius *sponsalia* constituunt *de præsenti*, quæ idcirco a sponsalibus *de futuro* distinxere, quod olim nuptias inducerent. ZOESIVS *ad tit. de clandest. despons. n. 2.* Hoc vero nomen *sponsalium* non amplius habent, sed *nuptiæ* solum dicuntur, et vt breuibus complectar, hodie inter ipsos pontificios vti de iure Romano fere tantum dantur sponsalia vnius generis *de futuro* scilicet, quæ proprie dicta sunt *sponsalia*, vt recte CORVINVS *in aphor. iur. canon. tit. de sponsal. §. 4.* obseruat.

Protestantium ICtorum varians sententia de hac diuisione.

§. IX. Vtinam protestantes quoque tandem relicto hoc scholasticorum puluere, ad saniora principia rediissent! sed quis crederet? Terminos iuris canonici, omnesque fere conclusiones, non vero rem ipsam et definitiones retinuerunt, ac a mente iuris canonici plane diuersam constituerunt interpretationem, ex quo non potuere non tot sensus, quod capita, oriri. Multi prædicatum de *futuro* ad sponsalia quæ non pure sed sub *conditione honesta* et *possibili* contra-

trahuntur, *de præsenti* vero ad *pura* ſine vlla conditione contracta applicuerunt. Hoc ipſo nouas prorſus excogitarunt definitiones, cum iuxta *c. 2. X. de ſponſal.* ſponſalia de futuro tam pura quam conditionata eſſe queant, nec verba de præſenti promiſſionem *puram*, ſed potius *præſentis matrimonii declarationem*, licet *priuatam minusque ſolennem*, nec a parocho confirmatam denotent: de futuro vero non præciſe *conditionalem*, ſed in genere *mutuam futurarum nuptiarum promiſſionem*. Præterea ne quidem ſolida quædam diuerſitas inde conſtitui poteſt. Optime COCCEIVS diſſ. *de matrim. moment. ſect. 3. §. 6. conditio*, ait, *ſpeciem negotii et conuentionis non mutat, vti omnis conventio fieri poteſt vel pure vel in diem, vel ſub conditione. §. 2. I. de V. O.*. Alii ad *tractatus* ſponſalia de futuro referunt. Sed hoc a iure canonico etiam valde alienum eſſe demonſtrant *c. 2. X. de ſponſal. c. 5. X. qui cleric. vel vouent.* in quibus textibus non nudum de ſponſalibus futuris latere pactum THOMASIVS *differt. de pact. futur. ſponſal. §. 10. lit. m. n.* obſeruauit. Accedit, quod nudi tractatus non conſtituant ſponſalia, nec obligationem aut actionem ad id, quod intereſt, inducant. COCCEI. *cit. l.* §. 14. Imo ſponſalia de futuro iure canonico impedimentum honeſtatis publicæ inducunt *c. 8. X. eod. c. vn. de ſponſal. n. 6.* et obligationem *c. 22. de ſponſal.* vt ea frangentibus poenitentia imponatur eccleſiaſtica *c. 3. X. eod.* quod *tractatibus præparatoriis* nullo modo applicari poteſt. B. STRYKIVS in *Tract. de diſſenſu ſponſalit.* contendit, in conſiſtoriis noſtris *pacta de futuris ſponſalibus* dici ſponſalia de futuro, promiſſionem vero futurarum nuptiarum perfectam ſponſalia de præſenti, quo ipſo, vt *pactum de deſpondendo* et *ipſa ſponſalia*, inter ſe differunt. Addit, ad ſponſalia *de fu-*

turo etiam ſponſalia conditionata referenda eſſe, cui ſententiæ etiam THOMASIVS *in diſſ. de pact. futur. ſponſal.* §. 5. adſtipulatur, aſſerens, quod quamuis hæc pacta non niſi improprie *ſponſaliorum* nomine inſigniri poſſint; ſi tamen ea ſponſalia nominare placeat, pro ſponſalibus *de futuro* ſaltem ſint habenda, et hactenus admitti poſſe illorum ſententiam, qui tractatus de ſponſalibus ineundis ſponſalia de futuro nominare ſoleant, quae pacta tamen nil niſi tractatus continent, nec vim obligandi producunt. Denique COCCEI. *cit. l.* §. *11. ſeqq.* paulo aliter hoc efformat diſcrimen *et* §. *13.* ita de hac diſtinctione iudicat: "In ſponſalibus vertitur factum patris ſe filiam locaturum nuptui ſpondentis: in nuptiis autem ipſum coniugium, vinculum et factum ſponſæ, quo ipſa obligatur ad eius coniugii conſummationem, quæ proinde eadem differentia eſt ſponſaliorum de futuro et de præſenti: hæc enim ſunt nuptiæ ipſæ.,, Equidem id non nego, olim patrem nomine filiæ ſponſalia iniiſſe, et quidem intuitu *virginalis pudoris;* ſed ſolum factum patris haud interueniebat. Ait ICtus in *l. 11. de ſponſal. Sponſalia ſicut nuptiæ CONSENSV CONTRAHENTIVM* h. e. ſponſi et ſponſæ *fiunt*; hoc vnicum ſubirat diſcrimen, quod filius familias *expreſſe* conſentire deberet, filiæ conſenſus *tacitus* ſufficeret. *Quæ enim patris voluntati non repugnabat, conſentire intelligebatur. l. 12. pr. eod.* Concurrebat ergo filiæ quoque conſenſus, adeo vt quandoque a patre diſſentire poſſet *l. 12.* §. *1. eod.* et tamen non *nuptiæ*, ſed *ſponſalia* in ita dicebantur. Et quid ſi ſtatim expreſſe conſentiret, in ipſo patris actu filiam deſpondentis? Vtique erant *ſponſalia*, non *nuptiæ*, quæ poſt demum perficiebantur. Præterea ſi vel maxime tale diſcrimen de iure Romano eſſet admitten

id

dum? id tamen ius canonicum non admittit, quod inuitam seu non consentientem filiam despondere parentibus haud permittit, sed eius consensum statim ad ipsam sponsaliorum substantiam desiderat, qui rursus non matrimonium producere potest, quod nondum intendunt desponsati, sed mera sponsalia. Vnde ad minimum illud inde euidens est, hodie talem diuersitatem sponsaliorum statui non posse. Quæ cum ita sint, vix est, vt in nostris foris in sensu iuris canonici sponsalia *de præsenti* concipi possint, *cum vix fingi possit casus*, vt STRYKIVS *d. tr. de diss. sponsal. Sect.* 1. §. 22. asserit, *vbi inter sponsalia et inter matrimonium non intercedat vna alteraue dies.* Hunc vnicum excipio casum, qui in foris nostris contingere potest. Si scilicet sponsalia concubitu confirmata fuerint, qui aperte *consensum matrimonialem* inducit, et operatur, vt talia sponsalia, quæ de futuro contracta sunt, degenerent in ea, quæ dicuntur de *præsenti* seu *ipsum matrimonium.* Caute ergo hic incedendum et præcauendum, ne illa, quæ in iure canonico de sponsalibus de præsenti prædicantur, hodie ad nostra sponsalia applicemus, quæ alia non sunt, quam quæ ius canonicum dicit *de futuro.*

§. X. Exsiccatis sic fontibus errorum, cum gratioso Numinis propitii indultu, solennibus ac consuetis exantlatis examinibus, amplissimus in hac alma Fridericiana ICtorum ordo facultatem publice disputandi pro obtinendis summis in vtroque iure honoribus ac priuilegiis doctoralibus mihi concessit, hac inaugurali dissertatione differentias *sponsalium* ac *matrimonii* ob summam in iudiciis vitaque quotidiana vtilitatem ostendere est animus, aequum beneuolumque le- *Progressus ad thema propositum.*

 ctorem

ctorem obnixe rogans, vt si alicubi error commissus, aut quid minus recte dictum fuerit, id ignoscere, et imbecillitati humanae adscribere velit, quia *omnium habere memoriam, et in nullo penitus peccare, diuinitatis magis quam mortalitatis est*, dicente ipso Imperatore IVSTINIANO in *confirmat. D. §. 12.* Quia vero ordo in omni re omnino est necessarius, et equum cauda frenatur, qui sine ordine procedit, existimaui sic constitui commode ordinem disputationis posse, vt tribus capitibus absoluatur, et in primo iuris Romani, in secundo iuris canonici, et denique in tertio iuris Germanici differentiae sponsalium et matrimonii excutiantur.

CAP. I.

DE DIVERSO SPONSALIVM ET MATRIMONII IVRE IN IVRE ROMANO.

ARGVMENTVM.

§. I. Discrimina sponsalium et matrimonii ratione diuersae appellationis, §. II. et definitionis §. III. ratione diversae vtriusque originis, §. IV. diuersi finis, §. V. et causae efficientis, §. VI. ratione aetatis, §. VII. modi ea in absentia contrahendi, §. VIII. ratione prohibitionis, magistratibus prouincialibus factae, §. IX. anni luctus, §. X. valoris, §. XI. affinitatis ex matrimonio tantum contractae, §. XII. potestatis maritalis,

lis, §. XIII. ratione obligationis ad operas §. XIV. ad copulam carnalem, §. XV. et ad domicilium mariti agnoscendum, §. XVI. ratione iurium vxoris circa statum et dignitatem mariti, §. XVII. ratione luctus, §. XVIII. dotis et bonorum vxoris, §. XIX. alimentorum, §. XX. donationis sponsalitiae §. XXI. successionis, §. XXII. iuris praelationis in pignore, §. XXIII. ratione obligationis, §. XXIV. et modi ea vel sub conditione vel sine ea ineundi, §. XXV. ratione solennitatum, §. XXVI. poenae binorum sponsalium et matrimonii duplicis. §. XXVII. secundarum nuptiarum, §. XXVIII. vindictae in adulterum exercendae, §. XXIX. adulterii, §. XXX. donationis inter coniuges §. XXXI. et tutelae.

§. I.

Differentia I. a denominatione petita.

Cum res diuersae diuersis denotentur nominibus, sponsalia quoque a *nuptiis* siue *matrimonio* ratione nominis sive appellationis distingui debuere. Sponsalium deriuatio, quod a verbo *spondere*, h. e. promittere, quaerenda sit, nemini pene adfert vllam dubitationem, praesertim cum ipse ICtus *l. 2. D. de de sponsal.* hoc his affirmet verbis: *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi vxores futuras, conf. c. nostrates 3. C. 30. q. 5.* ROSIN. *lib. 5. antiq. rom. c. 37.* BRISSON. *de rit. nupt. in princ.* HARPRECHT. *ad rubr. tit. inst. de nupt. n. 3.* WESENB. *parat. ff. sponsal. n. 2.* COLLEG. IVRIS ARGENT. *eod. tit. th. 2.* MYNSING *ad §. 9. I. eod. n. 4.* SCHVRFF. *p. 3. consil. 9. n. 7.* CONAN. *lib. 8. Comment. iur. ciu. c. 2. n. 1.* Euidentius A. GELLIVS *lib. 4. c. 4.* ex S. Sulpitio veterum *sponsaliorum* morem et indolem adducit, et, qui *vxorem*, inquit, *ducturus*

 erat,

erat, ab eo vnde ducenda erat, ſtipulabatur, eam in matrimonium ductum iri, qui daturus erat, itidem ſpondebat, is contractus ſtipulationum ſponſionumque dicebatur ſponſalia, tunc quæ promiſſa erat, ſponſa appellabatur, qui ſpoponderat ducturum, ſponſus. VARRO *l. 5. de ling. lat. p. 59. itidem id confirmat, quæ deſponſata erat ſponſa, cui deſponſa ſponſus, quo die ſponſum erat ſponſalia, qui ſpoponderat filiam deſpondiſſe dicebatur, quod de ſponte eius i. e. voluntate exierat.* Similiter apud PLAVIVM *in Pœnulo.*

A. *Audi tu patrue, dico, ne dictum neges,*
Tuam mihi maiorem filiam deſpondeas.
P. *Pactam rem habeto.*
A. *Spondesne igitur?* P. *Spondeo.*
A. *Mi patrue, ſalue, nam nunc es plane meus.*
item in *Trinummo.*
Lyſ. *Sponden ergo*
Tuam agnatam vxorem mihi?
Char. *Spondeo, et mille auri Philippum dotis.*
Lyſ. *Iſthac lege filiam tuam ſponderi mihi vxorem dari?*
Char. *Spondeo.*
Lyſ. *Et ego ſpondeo idem hoc.*

Conf. SELDENVS de *vxore Hebræa lib. 2. c. 20.* vbi hunc veterum morem plenius erudite exornat. Bene tamen obſeruat. FRANC. HOTTOMANNVS, ſponſalia non ſemper per *ſolennem ſtipulationem* fuiſſe olim celebrata, ſed interdum ſola *pactione* et *conſenſu nudo* fieri ſolita. Sic enim VLPIAN. in *l. 4. D. de ſponſ.* ſufficit nudus conſenſus ad conſtituenda ſponſalia, denique conſtat abſentem abſenti deſpondere poſſe et quotidie fieri, vt in *hoc cap. infra* plenius demonſtrabo. Nec obſtat, quod PAVLVS in ſponſalibus *ſtipulationem et ſponſionem*

nem ſupponat, facit enim hoc aut referendo mores veteres, aut quia æuo ſuo antiqua illa Romanorum contrahendi ſponſalia ratio non prorſus deſierat. ALBERIC. GENTIL. *diſp. de nupt. lib. 2. c. 1. et 2.* Matrimonium GELLIVS *l. 18. c. 6.* deriuat a *matris* nomine, non quod iam mater ſit noua nupta, ſed ob ſpem & bonum omen, quod mox futura ſit, vt ait RITTERSHVSIVS *ad rubr. tit. I. de nupt.* propter præſentem cohabitandi facultatem, qualis appellandi ratio in ſponſa ceſſat, in qua hæc *potentia* adhuc remotior, in vxore vero proxima adeſt. Huc etiam alludit Pontifex *in c. 2. X. de conuerſ. infid.* aitque: "ex hoc legitimam coniunctionem maris et fœminæ magis matrimonium quam patrimonium nuncupari, quod filius ante partum oneroſus, doloroſus in partu, poſt partum laborioſus matri fuiſſe noſcatur." Quemadmodum ergo quæ nominibus diſtinguuntur in iure et diuerſis prorſus titulis pertractantur, non poſſunt dici eadem, ita id quoque de *ſponſalibus* et *matrimonio* dici debet. Hac de cauſa quoque ſponſus et ſponſa appellatione *viri* et *vxoris* non continentur. *l. 9. 10. §. 1. de his, qui not. infam. §. 9. 10. I. de nupt. l. 12. C. de rit. nupt. l. 12. §. 1. D. eod.* Nomen ipſum vxoris ſi reſpiciatur, ſponſæ haud conuenire patet, cum *vxor* dicatur quaſi *vnxor*: antequam enim ad limina mariti veniret, poſtes aedium oleo inungebantur. BARN. BRISSON. *de rit. nupt.* add. ROSIN. *antiquit. Rom. l. 5. c. 37.* Hoc diſcrimen euidenter attenditur *in l. 27. de don. inter vir. et vxor. et l. 6. C. de donat. ante nupt.* in qua dubitatur, an donatio ipſa nuptiarum die facta a ſponſo ſponſæ pro tali habenda ſit, quae fit a viro vxori? aliis *vxor* dicitur (ſed magis per alluſionem) quaſi *vſus viri*? mulier ergo cum nondum fuerit in *vſu viri*, vxor dici non poteſt. Mariti quoque nomen regulariter ſponſo

ſo haud tribui conſtat ex *l. 1. §. 1. D. pro dote l. 9. §. 1. de his qui notantur infam.* et cum vxor et maritus relata dicantur, non poteſt ſponſo competere nomen *mariti*, antequam ſponſæ tribuatur *vxoris* nomen. Sponſus porro et ſponſa non vocantur *coniuges*, ſed ſaltem *deſponſati*, et *coniugum* et *coniugii* vocabula conſummatum præſupponunt matrimonium, nec proprie appellatione *matrimonii* venit *initiatum* ſeu *ſpes matrimonii*, ſed *perfectum* per deductionem, et antequam deducatur ſponſa, non dicitur *coniux*, quaſi ſine *iugali* aut *iugo* et ſine marito. Conf. SAMVEL PETISCVS *in leg. antiq. Rom. voc. vxor.* Imo ſunt futurarum nuptiarum promiſſiones *L. 1. D. de ſponſal.* vt demonſtramus §. ſeq. quod autem *futurum* eſt, aut pendet, quaſi ſit, dici nequit *l. 169, §. 1. de R. I.* Hac de cauſa quoque in ſtatutis ſponſus et ſponſa *mariti* et *vxoris* nomine indiſtincte non veniunt. SALYCET. *in l. 6. n. 4. C. de donat. ante nupt. n. 45. et ſeqq.* NICOLAVS MOZZ. *tract. de contract. lit. de matrim. n. 42. rub. d. nat. l. mat. et ſeqq.* IOACH. MYNS. *cent. 6. obſeru. 78. n. 3. et per tot.* BALD. *in auth. dos data C. de donat. ante nupt. n. 4. 5. et in l. 5. C. de bon. quæ lib. n. 1. et ſeqq.* IO. SCHNEIDEWIN. *ad §. 19. inſtit. de act. n. 108.* Pro qua ſententia hæc potiſſimum militat ratio quod omnis lex, omneque ſtatutum duabus conſtet partibus, *verbis* ſc. et *ſententia l. 12. D. qui & a quib. manum.* et ſic quoque hæc in ſtatuto perpendi, et ante omnia de verborum ſignificatione laborari debeat. Verba vtique ſunt ſigna, quæ mentem legislatoris, quoad fieri poteſt, declarant, *arg. l. 17. de LL.* et vbi *de verborum ſignificatione* agitur, intelligenda ea eſſe in propria ſignificatione, regulæ interpretandi docent. Quæ autem propria ſit ſignificatio, dependet ex populari vſu, teſte GROT. *de I. B. et P. l. 2. c. 16. §. 2.* a quo legislator recedere

cedere noluisse præsumitur, *l. 19. §. 4. de aedil. edict.* adeoque merito in statutis aut legibus is attenditur, *l. 52. de legat. 3.* GAIL. 2. *obseru. 80. n.* 2. Quodsi, itaque vulgaris et communis in hac materia respiciendus est vsus, *vxor* nomine *sponsæ* venire non solet, neque sponsa amittit nomen sponsæ, nisi sit ducta.

§. II. Inprimis vero inter sponsalia et nuptias magnam adesse differentiam dilucide satis apparet ex ipsa definitione *sponsaliorum* et *nuptiarum.* Definiuntur ea a FLORENTINO *in l. 1. D. de sponsal.* quod sint *mentio* et *repromissio futurarum nuptiarum*, cum qua descriptione re ipsa etiam conuenit definitio NICOLAI Papæ in responso ad consulta Bulgarorum in *c. 3. C. 30. q. 5.* aientis, *sponsalia esse futurarum nuptiarum promissa.* Quo vero colore CYPRAEVS doceat, Florentini definitionem sponsalia de *præsenti* continere, et sic per consequentiam opponi iis *de futuro*, nobis latet, præsertim cum et ipse fateatur, nullum in toto iure ciuili reperiri vestigium discriminis sponsaliorum de præsenti et futuro. Merito ergo id a sua definitione remouendum esse censuit ICtus, de quo nulla in iure Romano fuit disceptatio. Certe ex iuris ciuilis sententia non recte dicuntur quædam sponsalia de *præsenti*, et quædam de *futuro*, cum omnia sint de *futuro* matrimonio et tantum inter se distinguantur ratione *modi*, et ordinis contrahendi diuersi. Quando spes sponsaliorum ineundorum concepta erat, aderant nondum sponsalia, virgo tamen ob *spem* dicebatur *sperata*: si de futuris nuptiis eorumque conditionibus conuentum erat, iam *pacta* erat; sed cum ex pacto vis obligandi haud nascebatur, *sponsio solennis* accedebat, vnde firmum obligandi vinculum nascebatur. Verum ratione finis tam virgo *pa-* *Differentia II a diuersis petita definitionibus.*

cta, quam *desponsata* non erat *vxor*, nec actus *promissionis* vel *sponsionis* matrimonium, sed *spes matrimonii* et *nuptiarum*, vt sponsalia vocantur *in l. 6. de sponsal. l. 13. §. 3. D. ad leg. Iul. de adult.* Spes autem illud ipsum, quod intendit, haud continet aut sistit, sed in *futurum* magis tendit, adeoque sponsalia quaeuis de iure ciuili sunt de *futuro*, vt spes *futurum casum* habet. Inde satis notanter ICtus in *l. 134. pr. in f. de V. obl.* distinguit matrimonia *futura* et iam *contracta*, et illa in *sponsalibus* tantum latitare docet. De *praesenti* vel ideo corruunt, quod penitus euanescant ex eo tempore, quo coeunt in matrimonium coniuges, quod ea de caussa *sponsaliorum complementum* recte dicitur. Error vero clarissimi ICti CYPRAEI ex eo fonte fluxit, quod sponsalia de *praesenti* dixerit, quae *praesentis temporis* verbis concipiuntur, etiamsi *futuras* respiciant *nuptias*, vti *despondeo*, *promitto*, quasi de futuro essent ea, quae per *futurum* enunciantur *tempus*, vti *despondebo*, *promittam*. Sed si haec posteriora recte perpendantur verba, manifestum erit, ea genuino suo significatu non sponsalia, sed sponsaliorum designare tractatus. Porro non tam ex solo verborum sono, quo proferuntur, sponsalia de praesenti et futuro distinguenda erant, sed potius, si discrimen fieri deberet, ex *obiecto*, quod vel *praesens* vel *futurum* respicerent matrimonium, diuersa a tradita definitione arcessenda natura. Definiuntur enim *in §. 1. I. de patr. pot.* quod sit *viri & mulieris coniunctio, indiuiduum vitae consuetudinem continens. add. cap. illud 8. de praesumt.* Huic etiam MODESTINI definitio *l. 1. D. de rit. nupt.* concordat, vbi nuptiae dicuntur *coniunctio maris & foeminae & consortium omnis vitae, diuini & humani iuris communicatio.* Liquet ex his definitionibus, in matrimo-

trimonio requiri *coniunctionem viri* et *mulieris*, seu consensum talem, quo præsens coniugium constituitur. Vir enim non est, nisi, quem iustæ nuptiæ demonstrant, §. *10. I. de nupt.* imo diuini et humani iuris communicatio non transfertur per *sponsalia*, sed demum per ipsum matrimonium.

§. III. Sponsalia in se *iure gentium* videntur esse introducta, et ad *mores gentium* plerarumque pertinere, vt eo cautius et magis ordinate matrimonium ineatur, adeoque magis ad *bene esse* spectant. Equidem olim cum adhuc per *stipulationem* et *sponsionem* solennem fierent, ratione *modi* non iuris gentium, sed *iuris ciuilis* ciuiumque Romanorum propria dicenda erant, cum et stipulatio iuris esset ciuilis; veruntamen forma hac sponsalium sublata, sponsalia in se considerata recte *iuris gentium* dicuntur. Nec obstat, quod vbiuis fere locorum solennitates quædam sponsalibus adhiberi soleant, vnde forsan *iuris ciuilis* dici possent *arg. l. 6. D. de iust. & iur.* Istæ enim solennitates minime sunt sponsalibus *essentiales*, sed duntaxat *accidentales*, et iuri gentium superadditæ. Præterea quoque *vsus* et *necessitas* tanquam fundamentum iuris gentium in sponsalibus occurrunt, qua de causa etiam apud populum iudaicum non solum in more positæ iam olim fuerunt desponsationes, vt exemplum *Iosephi* et *Mariæ* probat, et *Deut. 20. v. 7.* in verb. "quis est "homo, qui despondet vxorem et non accipit eam, vadat "et reuertatur in domum suam, ne forte moriatur in bello et "alius homo accipiat eam;„ sed et apud plerasque sanioris mentis gentes in more vniuersali illas fuisse positas, historiæ passim testantur. vid BEVST. *de matrim. p. 2. in præfat.* KIZEL *in Synops. matrim. lib. 5. theor. 1.* SELDENVS *de vxore hebræa*

Differentia III. a diuersa origine petita.

lib. 2. c. 1. seqq. Nec adeo a me dissentiunt, qui arbitrantur, sponsalia necessario nuptias praecedere haud debere per *l. 9. D. de sponsal. et Nou. 74. c. 5.* adducentes insuper ex CVRTII *l. 8. c. 4.* exemplum ALEXANDRI M., qui, omissis sponsalibus, Roxanem sibi copulauit. Licet enim ipsa thesis, vt mox dicam, admitti possit, argumenta tamen parum stringunt. Notum est tempore IVSTINIANI benedictionem sacerdotalem haud obtinuisse, concubinatum autem admissum fuisse. Poterat ergo contingere, vt quis mulierem in domum concumbendi gratia reciperet, et ei iurato promitteret, se eam legitimam vxorem habiturum esse, contra quod promissum tamen postea eam domo expellere, quod merito *in tit. Nou. 74.* praecauendum fuit. In hoc casu nihil occurrit, quod contrariae sententiae fauere possit, quin potius diserte *promissio de futuro matrimonio* supponitur. Denique in *cit. l. 9.* non id, quod probandum erat, sed illa quaestio, an nulliter contractae nuptiae iure sponsaliorum inter eas personas, quae matrimonium nondum contrahere possunt, valeant? deciditur. Quicquid vero huius rei sit, non statuimus, sponsalia *de absoluta* esse *necessitate*, quasi ex *diuina institutione* praecipue descenderent; id tantum intendimus, ea esse de quadam *necessitate hypothetica*, quia ob communem matrimonii vtilitatem ac honestatem introducta, vt ab iis ad nuptias congressus fieret, ac duobus hisce actibus vel gradibus consummatio matrimonii absolueretur. Dum enim matrimonium ad humani generis conseruationem institutum est, et tam coniugum quam eorum, quorum in potestate sunt, coniugis consensum requirit, necesse fuit, aliquem actum seu contractum praemittere, quo ante *coniunctionem praesen-*

ſentem voluntas tam parentum, quam coniugum in hoc negotio tam arduo et ſeriam magnamque deliberationem poſtulante, eo ſincerius, plenius et liberius ederetur, et promiſſio ipſa diſertis verbis exprimeretur. Huic peculiare etiam *nomen* propter grauitatem rei tribuere placuit vetuſtati, cum in reliquis contractibus conſenſus eiusmodi haud præcedat, ſed mox ipſum negotium perficiat conſtituatque, in quibus tanti præiudicii cauſa haud deprehenditur. Maiorem vtique neceſſitatem et *diuiniorem* originem habet matrimonium, quod *iure diuino* eſt introductum. Nam DEus hanc legem ſtatim his verbis ei in paradiſo dedit, *non bonum eſt, hominem eſſe ſolum, faciamus ei adiutorium ſimile ſibi coram ipſo Gen. 2. v. 18.* Quin et ipſe CHRISTVS ad hoc primordium reuocat matrimonium, inquiens: "Legiſtisne, quod "ille, qui hominem fecit, ab initio maſculum et foeminam fecerit etc.,,

§. IV. Differentia quoque inprimis in diuerſo *fine* occurrit: finis ſponſaliorum eſt, vt futuro tempore nuptiæ ſequantur, exploratis prius contrahentium animis. VOLRATH *in oper. iur. Rom. analyt. h. t.* ECKOLT. *ad D. de ſponſ. §. 5. in fin.* MEIER *in colleg. arg. th. 15. h. t.* WESENBEC. *h. t. n. 7.* Contrahentes enim ſponſalia, ſiue *pure* ſiue ſub conditione, ſiue parentes nomine filiæ interuenerint, ſiue his non exiſtentibus ipſa filia conſenſum ſuum edat, et principaliter contrahat, nihil prorſus aliud intendunt, quam vt coniuges poſt tractum temporis arbitrarium fiant, dum omnia ſunt de *futuro matrimonio*, vt vel ipſa definitio FLORENTINI *in l. 1. de ſponſal.* clare docet, quæ non alia quam vnius generis ſponſalia h. e. *de futuro matrimonio* contracta agnoſcit. Matrimo-

Differentia IV. a diuerſo fine petita.

trimonii vero finis eſt *cohabitatio præſens* ad prolis generationem a DEo ſapienter inſtituta, quod non ſolum ex ipſis ſacris apparet literis (vid. *Gen. 1. v. 18.* vbi primos homines DEus ita alloquitur: *Creſcite, fructum ferte, & multiplicamini, & replete terram*) ſed ex variis etiam *iuris ciuilis* textibus apparet, vt *pr. Inſt. de excuſ. tut. & curat. l. 1. D. de ſolut. matr. l. 2. C. de indict. vid. toll. l. 220. §. vlt. de V. S. Nou. 12.* Præterea tendit matrimonium ad mutuum adiutorium deſcendens ex indiuidua illa vitæ conſuetudine, cuius mentionem *in §. 1. de patr. pot.* Imperator facit, ſacra Scriptura conſentiente *Gen. 2. v. 18.* Hic geminus finis nec debet, nec poteſt a ſponſa obtineri, cum deſponſatis in vna domo prohibitum ſit cohabitare, adeo, vt poena extraordinaria, ſi ſtatim poſt peracta ſponſalia ſe carnaliter cognouerint, afficiantur, de quo infra.

Differentia V. a cauſa efficiente petita.

§. V. Si cauſam efficientem *matrimonii* et *ſponſalium* inſpiciamus, ſcilicet *conſenſum*, pariter differentia luculenter apparebit. Licet enim tam *nuptiæ* quam *ſponſalia* nudo et ſolo conſenſu conſtitui *in l. 4. l. 11. D. de ſponſal. l. 30. de R. I.* dicantur, quoad ipſum tamen conſenſum eſt diſcrepantia *in intentione*, *tempore* ac *modo* GIPHAN. *diſp. de patr. pot. n. 351.* PAVL. CYPRAEVS *de ſponſal. c. 5. §. 1. n. 5.* Alius vtique deſideratur in ſponſalibus, qui conuenienter appoſiteque vocatur a ICtis *ſponſalitius*, ideo quod non ſtatim *præſens coniugium*, ſed potius *nuda* tantum *deſponſatio* intendatur: alius requiritur in matrimonio, qui dicitur *nuptialis* ſiue *matrimonialis*, quod per eum intendatur præſens coniugium, facultatem cohabitandi annexam habens. Intereſt

tereſt porro reipublicæ, vt publice de legitime contracto matrimonio conſtet, et hoc a promiſcuo et vago concubitu ſecernatur; inde in plerisque optime conſtitutis rebuspublicis cautum eſt, vt *ſponſalitius* quidem *ſimpliciter*, matrimonialis vero *ſolenniter* et *publica declaratione* edatur, quamuis arbitrarius ſit modus edendi publice conſenſum, quem proinde lex ciuilis determinat. De iure ciuili ille vt plurimum declarabatur *deductione in domum*, quæ magna fiebat cum ſolennitate *l. 5. cum ſeqq. D. de rit. nupt. l. 6. C. de donat. ante nupt. l. 15. D. de condit. & demonſtr.* Confirmat hanc diſtinctionem, de qua prolixius iam egimus *in Prolegom.* PAVLVS *in l. 7. §. 1. D. de ſponſal.* dicens: *In ſponſalibus etiam conſenſus eorum exigendus eſt, quorum in nuptiis deſideratur*, vnde dilucide ſatis diſcernit conſenſum *ſponſalitium* a *matrimoniali*, et idem eſt, ac ſi dixiſſet: vti matrimonium ſine eorum, quorum intereſt, conſenſu *nuptiali* contrahi nequit, ita nec ſponſalia ſine iſtorum conſeuſu *ſponſalitio* valida eſſe poſſunt. Vid. BACHOV. *in paratit. Weſenb. de ſponſal. n. 4.*

§. VI. Differunt quoque matrimonium et ſponſalia ratione *perſonarum*. Illae perſonæ, quæ *ſponſalia* celebrare poſſunt, non ſemper etiam ad matrimonium ineundum aptæ ſunt, vt liquet ex *impuberibus*, qui ſponſalia contrahere, minime autem nuptias perficere poſſunt. In ſponſalibus ſufficit, ſi tam mas quam fœmina ſint ætatis ſeptem annorum, *l. 14. D. de ſponſal. c. 1. C. 30. q. 2. c. literas 4. et ſeqq. X. de ſponſal. impub.* adeo, vt nonnulli *diem vltimum ſeptennii* pro completo habendum eſſe cenſeant fauore matrimonii. Interim contrarium verius eſſe videtur, præſertim cum ſponſalia non ſemper contrahentibus ſint fauorabilia, ſed partim

Differentia VI. ab aetate petita.

onero-

onerosa, partim etiam res *magnæ deliberationis*. Equidem nonnulli vrgent, quod hoc in casu malitia aetatem supplere queat, perinde vt in matrimonio, quam sententiam post COVARRVV. et SANCHEZ. tuentur GONZAL. ad *c. 5. h. t. n. 4.* et VALLENS. *h. t. n. 5.* id tamen recte haud admittunt FACHIN. *l. 3. controu. 26.* et LVDWEL. *exerc. 2. th. 3. lit. b.* vbi insimul differentiæ rationem proponunt, quod infantes id, quod agunt, non intelligant, nec id, quod malitia supplere potest, scilicet *copula carnalis*, in sponsalibus concurrat. In nuptiis maturior ætas desideratur, quæ ad *præsentem cohabitationem* est idonea, h. e. vt mas sit pubes seu ætatis quatuordecim annorum, fœmina autem viripotens seu duodecim annorum *pr. l. de nupt. pr. l. quib. mod. tut. fin. l. 4. D. de rit. nupt. l. 68. D. de iur. dot. Nou. Leonis 109.* ALTHVS *dicoeolog. l. 1. c. 79. n. 6.* PETR. GREG. THOLOS. *in syntagm. iur. civil. lib. 8. c. 5. n. 2. et seqq.* VALLENS. *ad tit. X. de sponsal. impub. n. 1.* Ratio diuersitatis est, quod in sponsalibus spectetur sola voluntas, sufficiatque, ipsos contrahentes intelligere, quid agant. *l. 14. D. de sponsal. c. accesserit 5. X. de sponsal. impub.* Cadit autem suo modo voluntas etiam in impuberes, qui septem annorum ætatem compleuerint, *l. 5. l. 18. §. fin. C. de iure liber.* quamuis cum perfecte consentire haud possint, sponsalia nondum plene obligent, præsertim cum olim impuberum sponsalia parentes plerumque constituerent inirentque *l. 134. pr. de V. O.* non excluso tamen consensu liberorum. Si nudum parentum factum ad sponsalia etiam impuberum suffecisset, minus recte leges certam in desponsandis aetatem supposuissent, sed quouis tempore eorum etiam in cunis adhuc iacentium sponsalia contrahere potuissent. Id vero non admittit ICtus *in l. 14. D. de sponsal.* sed desiderat, *vt ob*

VTRA-

VTRAQVE PERSONA sponsalia fieri intelligatur, quod qualemcunque eorum consensum includit. In matrimonio generandi spectatur facultas, vnde, si euenit, impuberes ea facultate destitutos, per *solennem traditionem* alicui coniugii foedere iungi, illud quoad vinculum coniugale, potestatem in corpus alterius præsentem, reliquosque effectus iuris pro *imperfecto* habetur *coniugio*, et tantum in *desponsationis* terminis inter impuberes licitis subsistit, non obstante facta traditione, quod hæc traditio respectu inde orientis obligationis in se irrita et nulla, nisi quatenus post adimpletam pubertatem, tacitam accessisse approbationem, et ratihibationem probari possit, *l. 9. de sponsal.* Quoad effectus vero ciuiles eatenus obligationem producit, vt post *pubertatem* de nouo non sit repetenda traditio siue solennis collocatio, sed solus *continuatus* ad perfectionem coniugii sufficiat consensus, exemplo traditionis per breuem manum.

§. VII. Inter absentes et ignotos, modo se inuicem, si non de facie, tamen de fama vel alio modo nouerint, non minus quam præsentes contrahi possunt sponsalia, *l. fin. D. de sponsal.* veluti (1) *per nuntium*, simpliciter notam facientem voluntatem mittentis, hac forsan, vti eam LVCIANVS *in phalaride* exhibet, formula, vbi ita legati: *Ceterum hæc vobis exponenda mandauit Phalaris; ego, inquit, o Delphi, talem mei existimationem esse &c.* Simili modo in sponsalibus: *misit me Titius ad te, et hoc mihi negotium exponendum iniunxit, ego, inquit Titius, me te ducturum spondeo:* (2) per *internuncios* vtrinque missos, et quæ tractantur, modo huic, modo illi nunciantes: (3) per *proxenetam*, insuper blandis verbis et persuasionibus paciscentes instigantem, ac contractus conciliato-

Differentia VII. quod sponsalia inter absentes, non matrimonium ineatur.

rem agentem, vti recte ab HARMENOPVLO definitur, dicente, *proxeneta est, qui nuptiis conciliandis sese interpretem, et veluti sequestrum interponit*: (4) per *procuratorem*, qui speciale habet mandatum, *l. 34. D. de rit. nupt.* vnde et alium sibi substituere nequit, nisi hoc specialiter ei commissum fuerit. *c. fin. de procur. in 6.* PEREZ. *in cod. de sponsal.* §. *2. n. 5.* Hic *officium* præbet, non nudum ministerium, agitque quidem mandato domini *l. 1. D. de procurat.* vti nuncius, internuncius, proxeneta, attamen insuper agit, et negotium instar domini perficit. Sunt quidam, qui autumant, VLPIANVM *in all. L. fin. D. de sponsal.* per *alium* accipere quemcunque hominem, etiam eum, qui alterius voluntatem forte fortuna a se auditam sine mandato defert; sed illud falsum esse, apparet ex eo, quod negotiorum gestorem sponsalia non admittant. Deinde quod falsus sit procurator, qui actum speciale mandatum requirentem, sine mandato gerit; in contrahente autem sponsalia alterius nomine, speciale, se ad certam designatam personam referens, mandatum requiritur. *arg. c. fin. X. de procur. in 6. nec sufficit generale. l. 34. D. de rit. nupt.* (5) per *interpretem*, qui inter duos diuersæ linguæ homines, qui se inuicem non intelligunt, et absentibus, etiamsi fuerint præsentes, annumerantur, *l. 1. §. fin. D. de verb. oblig.* solo linguæ defungitur ministerio. Imo (6) ineuntur etiam sponsalia inter absentes per *epistolam l. fin. D. de sponsal.* nihil enim interest literis vel verbis voluntatem nostram contracturi declaremus, cum æque valeat, quod literarum figura, quam vocibus lingua figuratis significatur *l. 38. de V. O.* Voces sunt animorum inter præsentes signa, literæ inter absentes; idem præstat epistola absentibus, quod sermo præsentibus. CY-

PRAEVS

PRAEVS *de sponsal. c. 9. §. 20. n. 1. et 2.* Vnde si absens absenti scribat, plenam facit matrimonii fidem, contraque scribentem probat. CORAS. *l. 3. miscel. c. 4. n. 4. et seqq.* CYPR. *l. 9. §. 23.* E contrario matrimonium siue nuptiæ per procuratorem indistincte etc. contrahi non possunt, ob rationem, quod ad minimum eius, quæ ducenda est, præsentia desideretur, cum alia duci non possit in domum mariti, quam ipsa mulier, nec conueniens videatur, vt mulier per alium quam semet ipsum negotium peragat. Alia ratio erat mariti, qui etiam *per alium deductionem in domum*, qua præcipue consensus matrimonialis declarabatur, et sic nuptias perficere poterat, vt docet *l. 5. et l. 6. D. de rit. nupt.* Illud recte AZO obseruat *in brocardicis iuris*, aitque virum posse per nuncium vxorem ducere, mulierem nubere absenti marito per nuncium non posse, vt scilicet deductione in domum ducatur solenni, mulier enim in mariti domum, vt matrimonii domicilium, duci debet. *l. 5. l. 6. D. de rit. nupt.*

Differentia VIII. ratione prouinciæ rectorum.

§. VIII. Prouinciæ Rectores siue præsides, præfecti cohortis vel equitum tribuni, omnesque quoddam officium aliqua in prouincia administrantes, imo omnes ad eam pertinentes, scilicet filii, nepotes, domestici, aut propinqui, inde oriundam, vel ibi domicilium fouentem vxorem ducere, durante munere non possunt, sponsalia autem contrahere non prohibentur. *l. 38. l. 57. l. 63. D. de rit. nupt. l. 6. C. de nupt. l. vnic. C. si rect. prouinc. vel ad eum pertin.* Contra interdictum contractæ nuptiæ irritæ sunt, *l. 63. D. de rit. nupt. l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. et vxor.* quin quod GRATIANVS, VALENT. et THEODOS. Imperatores *in l. vnic. C. si rector prouinciæ vel ad eum pertin.* mulieribus prouincialibus etiam

 cum

cum arrharum lucro recedere atque a societate coniugali abire permittant; cum si tantum sponsalia in prouincia contracta sint, nec velit sponsa nuptias post depositum officium contrahere, hoc ei quidem liceat, arrhis tamen redditis, quas accepit. *l. 38. D. de rit. nupt.* Vera iuris ratio est, ne per concussionem, sua abutens potestate prouinciæ Rector, eoque ipso *terribilis*, inuitis parentibus, tutoribus aut propinquis, formosas et diuites virgines extorqueat, ac ad sponsalia constituenda adigat, trahatque magis quam ducat, id quod *potentatum* eleganter PAPINIANVS appellat *in l. 63. D. de rit. nupt.* Multi adhuc addunt plures huius prohibitionis rationes, nempe (1) ne blanditiis vxoris seductus pellectusque nimio cum damno Principis suis gratificetur affinibus, vel etiam amore eius in odium conuerso, calumniosus nimis apud vxoris suæ consanguineos videatur: (2) ne contractis affinitatibus, earumque vinculis nimia Rectorum in prouincia firmata potestas Reipublicæ metuenda existat, si nouum forsan sibi parare vellent dominatum, vnde etiam Romani annua, fiduciaria, imo momentanea prouinciæ voluerunt esse munera. (3) Ne prouinciæ Rectorem vxoris causa peculatus arguendi daretur occasio, vt apud TACITVM Seuerus Cinna ait, *quoties repetundarum aliqui accusati fuere, plura vxoribus obiecta sunt*, quare VLPIANVS *in l. 4. §. 2. D. de officio proconf. et legat.* de vxore secum in prouinciam ducenda hunc in modum scribit: *proficisci autem proconsulem melius quidem est sine vxore, sed et cum vxore potest. Dummodo sciat, senatum Cotta et Messala consulibus censuisse futurum, vt si quid vxores eorum, quæ ad officia proficiscuntur, deliquerint, ab ipsis ratio et vindicta exigatur.* Sed hæc licet politicæ sint, non tamen ab Imperatoribus, vt prima illa vnica, quam præmisimus,

mus, præteguntur. Vnde etiam quis veterem ſponſam in prouincia, quam adminiſtrat, vxorem ducere poteſt, dosque data non ſit caduca, *l. 38. §. 1. D. de rit. nupt.* quia ſcilicet ſponſalia ante ſuſceptum munus conſtituta, poteſtatis metu extorta dici nequeunt. Sic etiam in prouincia officium aliquod adminiſtrans, filias ſuas in matrimonium collocare ea in prouincia, ac dotem conſtituere non prohibetur, *l. 38. D. eod.* quia vir vt inuitus ducat, quam animo aſpernatur; metu *poteſtatis* non tam facile, quam foemina, induci poteſt. Hæ ſane æque prohiberi debuiſſent, ſi interdicti rationes tres illæ ſuperius recenſitæ eſſent adæquatæ. LEO philoſophus tamen hoc interdictum ad filias etiam poſtea extendit, nullam putans eſſe rationem, quare non idem in filiabus præſidum probandum ſit, quod in filiis ius ciuile conſtituerat. *Nou. Leon. 23.*

§. IX. Nec viduis permittitur intra annum luctus ſecundas celebrare nuptias, cum tamen ſemper eis ſponſalia contrahere ſit liberum, *l. 10. D. de his, qui not. infam* neque infamiæ pœna locum inuenit in ea, quæ intra tempus ſponſalia tantum contrahit, *l. 10. §. 1. & l. ſeqq. §. 1. de his, qui not. infam.* SCHRADER *ad tit. inſt. de nupt. p. 1. n. 14.* CYPRAEVS *de iure connub. p. 1. c. 5. & 2.* Hanc vtique incurrit, quæ viro intra annum luctus nubit *l. 1. D. de his, qui not. infam l. 2. C. de ſec. nupt.* quia turbatio ſanguinis in nuptiis non vero in ſponſalibus metuenda. *d. l. 10. §. 1. D. eod.* *Differentia IX. ab anno luctus petita.*

§. X. Sic ergo inutiles et irritæ poterant eſſe nuptiæ, vt tamen ſponſalia valerent, vt ex hactenus dictis liquet, et *Differentia X. quod ſponſalia poſſent eſſe vtilia, cum in-*

vtiles essent nuptiae.

et ita sine dubio toto differebant coelo *sponsalia* et matrimonium de iure Romano. Interim si sponsalia valida praecedebant, illa quandoque durare credebantur, nuptiis ex aliqua causa irritis existentibus: si nulla praecedebant, ne quidem nuptiae irritae valebant iure sponsaliorum *l. 9. de sponsal. l. 32. §. 27. et 28. de donat. inter vir. et vxor.* Species facti, quae hoc illustrat, haec refertur, Titius Caiam minorem duodecim annis adeoque immaturam in domum suam quasi mariti deduxit, et nuptiae fuerunt collatae (vel potius *conflatae* seu contractae, vt dicimus *conflare bellum*, *conflare amicitiam* seu *contrahere*) atque donationes inter eos factae. Quaeritur an illae valeant tanquam in sponsalibus factae? cardo controuersiae huc redit, an adhuc sponsalia sint, an matrimonium? Distinguunt ICti, vt, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamuis iam vxorem esse putet, qui duxit, quia sponsa quidem esse potest, non vero fieri vxor ante legitimam aetatem, et ita *consensus matrimonialis* frustra ante legitimam aetatem interponitur, quod sine effectu fuerit. Si vero sponsalia non praecesserint, nequidem haec deductio in domum inutilis iure *sponsaliorum* valet. Conf. SCHILTER *ex 36. §. 5. et 6.*

Differentia XI. ratione affinitatis.

§. XI. Insignes et multae porro ratione effectuum differentiae inter *sponsalia* et *matrimonium* sese produnt. Per matrimonium contrahitur affinitas: *l. 4. §. 3. de grad. consang.* ex sponsalibus, qua talibus, nulla nascitur affinitas, sed publicae solum honestatis impedimentum §. *9. instit. de nupt.* HAVEMANN. *gamolog. synopt. lib. 1. tit. 1. p. 4. 5. & 6.* BRÜCKNER *decis. matrim. c. 1. per tot.* KITZEL. *Synops. matrim. c. 7. per tot.* STRVV. *exerc. 29. th. 59.* WESENBEC. *de spons. n. 7.* HAHN.

in

in obſ. ibid. SCHNEIDEWIN. *ad inſt. de grad. affin. n. 7.* Vnde ſponſa patris mei mea nouerca nondum eſt, nec ſponſa mea patri meo recte nurus dicitur. *l. 12. §. 1. 2. D. de rit. nupt.* Reuera ergo affinitas, quam quidem ex nudis oriri ſponſalibus ſtatuunt, ficta eſt, et nihil illud quam *ſpes affinitatis.* Perfecta ſeu legitima affinitas non naſcitur, niſi cum per coalitionem viri et mulieris, i. e. per matrimonium duæ cognationes, quæ diuerſæ inter ſe ſunt, copulantur, et altera ad alterius finem accedit; *l. 4. §. 3. D. de grad. affin.* imo nec *naturalis* oritur *affinitas*, niſi quis rem cum puella habuerit, duorum denique in vnam carnem coalitio ex promiſſis *ſperatur* ſponſalibus, non *oritur.* Imo vt nudæ promiſſioni nuptiarum præmatura corporum accedat commixtio, illicitum eſt. Nec obſtat, quod *l. 6. §. 1. l. 8. ff. de grad. et affin.* dicatur ſocrus et ſoceri item generi et nurus appellationem ex ſponſalibus acquiri, et quod iis ius diuinum conſentiens, ſponſos filiarum Lothi generos vocet. *Gen. 19. v. 14.* vt *in prolegom.* iam dixi. Idem enim VLPIANVS *l. 6. et l. 8.* auctor docet, non proprie ſponſam patris nouercam, vel ſponſam filii nurum dici *in l. 12. §. 1. 2. de ſponſal.* Improprie hiſce nominibus appellantur aliquando ſponſus et ſponſa, quoties ratio iuris eadem *coniugibus* et *deſponſatis* applicari poteſt. Sæpiſſime etiam id, quod futurum eſt, propter certam, quam concepimus, futuræ exiſtentiæ ſpem eo nomine inſignitur, quo inſigniretur, ſi iam eſſet. Hac de cauſa *affinitatem ſperari*, cum ſperarentur nuptiæ, dixit PAVLVS, eique *affinitati renunciare*, ad finienda ſponſalia nuntium mittere, ſignificat *in l. 38. §. 1. D. de vſur. et fruct.* Nec nobis aduerſatur, quod *in l. 8. D. condict. cauſ. dat. cauſa non ſecut.* dicatur, donec inter ſponſum

ſum et ſponſam maneat affinitas, dotis repetitionem non dari; id enim intelligendum eſt, donec *nuptiarum* maneat *inſtantia*, donec *nuptiæ propinquæ* ſint et ſperentur futuræ. Sic CONSTANTINVS Imperator, cum de donationibus, quæ futuri matrimonii gratia fiunt *in l. 15. C. de donat.* dixit, *ſiue affinitatis coëundæ cauſa quid largiatur*, quo ſermonis genere THEODOSIVS et VALENT. *in l. vn. C. de imponend. lucrat. deſcript.* vtuntur; alias enim ſequeretur, virum et vxores affines eſſe, quod inuita diceretur iuris ſcientia. Denique nihil mouet, quod Imperator *in §. 9. inſtit. l. 12. §. 1. & 2. D. de nupt.* vetet, patris vel filii ſponſam ducere; id enim prohibetur non propter *affinitatem*, ſed propter *honeſtatem* et *naturalem pudorem* *§. 9. inſtit. arg. l. 14. §. 2. D. de nupt.* Quæ ratio facilius admittit diſpenſationem, quam vbi vera iam eſt contracta affinitas.

Differentia XII. ratione poteſtatis maritalis.

§. XII. Sic quoque non ex *ſponſalibus*, ſed ex *coniugio* ſiue matrimonio perfecto acquiritur marito in vxorem *poteſtas* non ſolum iure diuino, ſed et ciuili et canonico. Ius diuinum hanc poteſtatem firmat *in c. 3. v. 16. Gen. Eph. 5. v. 22. ad Coloſſ. 3. v. 18. ad Tit. 2. v. 4. & 5. 1. Petr. 3.* vnde et canones virum *caput mulieris*, hanc illi vt *membrum* capiti ſubditam eſſe volunt. *c. 15. c. 17. c. 13. C. 33. q. 5. c. 7. C. 30. q. 5.* Quod ad ius Romanum attinet, non omnes mariti eandem habuerunt poteſtatem in vxores. Contrahebantur enim nuptiæ tribus modis, (1) *farre*, (2) *coëmtione*, (3) *vſu;* quos modos egregie explicat THOMASIVS *Diſſert. ad tit. I. de nupt.* Coëmtione vxor in filiæ locum, maritus in patris veniebat. *De farre* dicit VLPIANVS *tit. 9.* apud SCHVLTING. *in iuriſpr. anteiuſt. p. 591. Farre conuenitur in manum certis*

tis verbis et testibus decem praesentibus & solenni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur. Hoc modo contractae nuptiae dicebantur *sociatae*, de quibus talis erat lex Romuli: *mulierem nuptam, quae ex sacratis legibus in manum mariti conuenisset, cum eo omnium & bonorum & sacrorum participem esse.* Quod igitur mulieres cum viris sacratissimi et primi cibi fierent participes, et valde bona fortuna conuenirent, ea res appellata fuit *farris communicatio.* Haec lex, vt nihil de vigore vinculi coniugalis et successione dicam, coëgit mulieres nuptas, vtpote quae nullum aliud refugium haberent, ad vnius sui mariti mores vitam conformare, et si qua in re deliquissent, ipsum maritum, qui iniurias passus, iudicem habebant, qui poenae magnitudinis erat arbiter. *Vsu* autem dicebatur haberi vxor, quae sine confarreatione, coëmtioneque habebatur solenni, eaque vxor nec patris sui potestate liberabatur, nec in manu seu potestate erat viri, nec *materfamilias*, verum *sui iuris*, vel in protestate patris sui: per vsucapionem tamen ex LL. XII. tab. fiebat materfamilias, si integro anno liberorum quaerendorum gratia apud maritum moraretur, nisi vsucapionem interrumperet, trinoctio perfecto a viro adnotando. Iure igitur veteri nuptiae solennes et patri potestatem ademerunt et viro similem quandam in vxorem dederunt: secundum leges vero posterioris aeui iusque Iustinianeum nihil certius, quam patri saluam et illibatam manere potestatem etiam in nuptam, nec eandem absorberi potestate maritali, nec foeminam desinere sui iuris esse, si antea talis fuit, cum nupta est, *l. 2. §. vlt. l. 18. §. 2. de iniur. l. 12. C. de Collat.* Vnde *nuptiae iustae* dicuntur quidem modus acquirendi patriam potestatem in

liberos, at non in vxorem, nec referuntur inter modos, quibus patria soluitur potestas. *tit. instit. quib. mod. patr. pot. solu. l. 1. §. 5. l. 1. C. de bon. quæ lib. l. 4. C. solut. matr. l. 5. C. de repud. l. 29. D. solut. matr. l. 20. D. ad l. Iul. de adult.* Nullum tamen est dubium, quin maritus iure etiam nouo aliquod habeat ius et potestatem in vxorem, cui iuri maritali patria potestas cedit. *l. 2. D. de lib. exhib. l. 1. C. eod. l. 5. C. de repud.* Ita non sponsa sed vxor marito ad obsequium et reuerentiam, qualemcunque subiectionem, obligatur, et maritus quandam domesticam disciplinam in vxorem, nullam in sponsam habet, et in genere quæ iura permittunt in vxorem, denegant sponso in sponsam. Ipsos autem limites maritalis potestatis hic illustrare non vacat, id quod a meo instituto alienum.

Differentia XIII. ratione obligationis ad operas.

§. XIII. Ex eodem fundamento non sponsa, sed vxor operas marito, quatenus mariti id exigit status, præstare tenetur in commodum mariti, B. STRYCK *diss. de oper. vxor.*, adeoque omnia bona in domo reperta mariti esse præsumuntur, nisi vxor quædam sua esse probauerit *l. 51. de donat. int. vir. et vxor. l. 6. C. eod.* MEVIUS *P. 5. dec. 360. n. 12.* BRUNNEM. *ad l. 51. D. de don. inter vir. & vx.* Operae vero vel præstantur nudo personali officio marito exhibendo, eidemque obsequendo, vel alia *industria artificiali*, indeque operæ dicuntur vel *officiales* vel *artificiales*. Illæ a ZASIO *lib. 1. singul. resp. c. 3. n. 14.* definiuntur, quod rem mariti eius personam, victum, curationem, otium, quietem, voluptatemque directo respiciant, hæ vero, quæ absolute in se nullo habita respectu, ad personam mariti fiunt, et a quocunque, cuicunque, quolibet etiam tempore fieri possunt.

Ad

Ad illas marito obligatur vxor, non ad has. Posterius patet ex *l. 31. D. de donat. inter vir. et vxor.* vbi asseritur: "Sed si vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quam-"vis id vxori confectum fuerit (h. e. in vsum vxoris) et v-"xoris cura, tamen viri esse, neque impedire, quo in ea "re vxor tanquam lanipendia fuerit, et viri negotium pro-"curarit.„ Et in §. 1. d. l. dicitur: "quod si viri nomine ex "lana sua vestimenta confecerit virilia, hæ viri esse debeant, vt is tantum lanæ pretium vxori præstet.„ Idem confirmat "l. 48. D. de oper. libert. Vbi ICtus: "sicuti patronus, ita "etiam patroni filius et nepos et pronepos, qui libertæ nu-"ptiis consensit, in officio mariti debet esse, h. e. marito "officiales debet operas.„ Quod autem in adducto textu per *officium* operæ intelligantur officiales, atque adeo officia et operæ non distinguantur, vt GOTHOFRED. *in not. lit. d.* putat, patet ex *l. 2. C. de obseq. patron. præstand.* ibi enim dicitur, quod libertæ officium patronis præstare non cogantur, si eius voluntate essent nuptæ, vt et Imperator *in l. 11. §. 16. de oper. libert.* officium vocat operas. BERLICH. *part. 2. dec. 224. n. 40. q. 20. n. 94. seqq.* COLER. *de proc. exec. p. 1. c. 2. n. 167.* CARPZOV. *de iur. singul. foem. dec. 1. pos. 3. n. 15. et p. 2. c. 25. def. 15. p. 3. c. 25. def. 8.* SCHÖPFER *in Synops. iur. priu. de rit. nupt. n. 58.* Rationes, quæ huic nostræ opponi possunt sententiæ resolutæ sunt a STRYKIO in *V. M. tit. de nupt. §. 64.*

§. XIV. Sponsa non tenetur sponsi concubitum pati sponsusque, qui inuitam ad concubitum cogit sponsam, vt stuprator violentus, et qui reluctantem rapit vi, vt raptor iure ciuili punitur *l. vn. C. de rapt. virgin.* In vxore vero omni-

Differentia XIV. ratione obligationis ad copulam carnalem.

omnino adest obligatio ad copulam carnalem, in quam eo ipso consensit, quo consensit in matrimonium. Proinde maritus vxori, et vxor marito debitum coniugale sine peccato denegare nequit, nisi iustæ causæ adsint, quæ ab interpretibus passim excutiuntur hic prætereundæ. Si præfracte vxor marito cohabitationem recusat, vt desertrix habetur, et matrimonium dissolui potest: minime vero ob hanc denegationem sponsalia dissoluuntur, quippe quæ iusta est, et vitio caret.

Differentia XV. quod vxor sequi teneatur maritum. non sponsa.

§. XV. Nec sponsa sponsum vagantem sequi tenetur, quia non censetur ante nuptias elegisse mariti domicilium, vel suum mutasse *l. 32. D. ad municip.* ibi: *ea, quæ desponsata est, ante contractas nuptias suum non mutat domicilium.* Vxor autem maritum mutantem domicilium sequi tenetur, imo et relegatum, cum relegatio non soluat matrimonium, *l. 1. C. de repud. l. 24, C. de donat. inter vir. et vx. nouell.* 22. *c.* 15. ac vxor debeat casus fortuiti viri particeps esse, vt dicitur *in l. 22. §. 7. D. solut. matrim.* Sane Romanarum matronarum ea erat fides in maritos, vt non protinus e lecto proscriberent, quos magistratus exules decreuerat. Sulpitia a Matre Iulii diligentissime custodita, virum tamen Lentulum in Siciliam secuta est, VALER. MAX. *lib. 6. c. 7.* Romani Impp. vxores illas, quæ maritos in militiam comitabantur, priuilegiis exornarunt. *l. 1. & 2. C. de vxor. mil.* Ius canonicum ex AVGVSTINO dicit: *Vnaquæque mulier sequatur virum suum, siue in vita, siue in morte. c. 3. C.* 13. *q. 2. add. c. 9. de coniug. lepros. c. 4. C. 34. q.* 1. & 2. Conclamatum vtique est, quod coniuges teneantur sibimet inuicem ad mutuum obsequium; hoc certe præstare sibi nequeunt, nisi simul cohabitent, et cum vir sit mulieris caput, *Eph.*

Eph. V. & *1. ad Cor. XI.* consequens est, vxorem in hac cohabitatione subditam esse viro *l. 4. D. de op. lib.* ibi; *nam haec cuius matrimonio consensit in officio mariti esse debet*, quod adeo verum esse dicit *gloss. in c. 1. de coniug. lepros. verb. de consuetud.* vt contraria consuetudo tanquam iuri diuino aduersa censenda sit. Inde hodie Doctores disquirunt, an sequi vxor virum ex necessitate absentem teneatur, nisi velit ipsa desertrix malitiosa haberi et causam diuortio praebere? quidam id tunc demum admittunt, si ex iusta causa mutauerit domicilium maritus; alii adstringi vxorem praecepto comitandi virum *qualitercunque* censent, modo non ex causa *turpi* vel *inhonesta* velit transferre domicilium. Alias enim, aiunt, nulla foret differentia inter virum et vxorem, quod absurdissimum esse videtur, cum quando causa necessaria subest, ex parte *vxoris* teneatur vir ipsam sequi, et quia vir est caput, ipsius sit gubernare, eligere domicilium, non autem vxoris, quae gubernationi viri subest. Alii, si propter proprium scelus maritus exilii poenas luat, mulierem laudandam quidem esse credunt, quam ne quidem flagitium ad meliorem frugem conversi viri a consortio dirimit coniugali, non autem esse cogendam detrectantem virum sequi; illam puniri non debere ob delictum coniugis, poenam autem exilium esse maximeque luctuosum deserere penates, et sine certa sede vagari: sat poenae in mulierem ex coniugii coniunctione redundare, quod illa ob mariti flagitium eius consortio praeter suum carere cogatur maritum, viduamque marito superstite exordiri vitam durissima matrimonii obliuione, vt TERTVLLIANVS de viduis Africanae Cereris loquitur, BROWER. *de iur. connub. lib. 2. c. 32.* Plurimi vero, quorum

rum ſententia merito præferenda, ſine diſcrimine vxorem virum ſequi obligatam eſſe aiunt, quod illa debeat ſequi viri infortunium, *l. 22. D. §. 8. ſolut. matrim.* nec hoc ſit puniri vxorem innocentem ob viri delictum, ſed poena imponatur viro, et quia vxor iure diuino tenetur, eum ſequi ex cauſa neceſſaria, et ineuitabili alio migrantem, per accidens et infortunium patiatur vxor, veluti ſeruus mariti idem exilii infortunium pateretur dominum comitans, non per modum poenæ, quia innocens eſt, ſed quia iure ſeruitutis tenetur dominum ſequi. In eo vero conueniunt omnes, ſponſam ſponſum, ſi ille delicti alicuius ſiue (1) ante ſponſalia, ſiue (2) durantibus illis perpetrati inculpatus, vt alio migrare et domicilium peregrinum quærere neceſſe habeat, ſequi minime teneri. Non enim quoad primum caſum indulgendum eſſe dolo interuenienti, ſi nempe ſponſus culpam, quæ in contrahendis ſponſalibus ſibi impedimento eſſe credebatur, celauerit, quia is ſemper et vbique exceptus intelligitur, dum conſenſum impedit. *l. 7. in pr. D. de dolo cap. cum contingat. 28. X. de iureiur.* SCHNEIDEWIN. *in pr. inſtit. de action. n.* 25. Imo quoad vtrumque caſum emigratio ac peregrino in loco perpetua commoratio difficillima eſt conditio, cuius ſi ſponſa notitiam habuiſſet, nunquam forte in deſponſationem conſenſiſſet, ac, quia talis accidit caſus, qui ſi tempore ſponſaliorum affuiſſet, ſponſa procul dubio matrimonio renuiſſet.

Differentia XVI. quod vxor tranſeat in ius mariti, non ſponſa.

§. XVI. Similiter non ex ſponſalibus, ſed legitime et bona fide contracto matrimonio ius coniugale vxori proprium oritur, quod hæc ſequatur maritum quoad nomen. *l. 195. §. fin. D. de V. S.* conditionem, ſtatum et dignitatem. *l. 8. l. 12. D. de ſenat. l. 13. C. de dignitat.* BRVNN. *ad l. 10. C. de nupt.* Hinc vxor ignobilis a marito nobilitatur, vel potius

tius, quamdiu in tali matrimonio ſeu viduitate viuit, pro nobili habetur, et a Doctore ducta eiusdem dignitatis particeps fit, vt etiam liberi ex patre Principe ſeu comite, matre veró vilioris conditionis vere Principes et Comites naſcantur, qui in ſucceſſione Regiminis et feudi etiam electoralis non differunt ab iis, qui ex vtroque parente Principe ſeu Comite nati ſunt; REINKING. *de regim. ſecul. lib. 1. claſſ. 5. c. 11. n. 23.* quamuis a quibusdam beneficiis eccleſiaſticis in eccleſiis ſeu ordinibus equeſtribus, vel etiam in torneamentis excludantur ii, qui genus ſuum a parentibus vtrinque ad certos gradus ſemper nobilibus probare nequeunt, **welche nicht für Stift und Rittermäßig zu halten seyn.** E contrario foemina ſiue a natalibus, ſiue a coniugio mariti nobilis ſit, marito minus nobili nubens priorem nobilitatis gradum *regulariter* amittit, et conditionem mariti ſequitur. BRVNN. *ad tit. C. de dignit. n. 4.* TIRAQVELL. *de nobilitate q. 18.* Similiter vxor, liberi, famulique eodem iure præcedentiæ reſpectu aliarum vxorum, liberorum et famulorum vtuntur, quo maritus et dominus vtitur. MEVIVS *p. 9. d. 79. n. 8.* Vxor ibidem, vbi maritus, ſuum habere domicilium forumque ſortiri cenſetur, *l. 65. D. de iud. l. 19. D. de iurisd. omn. iud. l. vlt. §. 3. D. ad municip. l. 5. D. de rit. nupt. l. 1. §. 2. D. de lib. agn. l. vlt. C. de incol. l. vn. C. de mulieribus in quo loco &c.* modo traducta ſit in domum mariti, qua ſolennitate demum de iure communi matrimonium dicitur conſummatum. *arg. l. 5. ff. de rit. nupt. l. 1. de donat. inter vir. et vx. l. 31. ff. de R. I. l. 24. C. de nupt. l. 9. D. de ſponſal. l. 13. §. 8. D. ad L. Iul. de adult. l. 68. 69. §. 3. D. de iur. dot.* Vnde mulier nupta muneribus patriæ non amplius obſtricta eſt, exceptis *realibus*, propter bona, quæ adhuc ibi poſſidet, niſi ius ciuita-

tis

tis sibi reseruauit citra praeiudicium mariti, vel si in loco habitat, qui communitatem seu vnionem cum loco originis habet. *l. 6. l. 32. l. 37. §. 2. D. ad municip.* Hoc forum etiam retinet post mortem mariti, *l. 22. D. ad municip.* imo hodie etiamsi thorum vidualem stupro violet, CARPZ. *P. 2. dec. 15.* LAVTERB. *differt. de domicil. th. 21.* Hinc si quaestio de dote, de bonis tempore matrimonii quaesitis, aliisue matrimonii effectibus mouetur, iuxta leges et consuetudines loci, vbi maritus habitauit, in iure agendum est. *l. 65. D. de iudic.* Desponsata siue sponsa ante nuptias contractas, h. e. ante traductionem in domum mariti, non mutat domicilium, nec forum vel iurisdictionem. *l. 32. D. ad municip. l. 19. 29. D. de iurisd.* CYPRAEVS *de iure connub. p. 1. c. 5. §. 15.*

Differentia XVII. ratione luctus.

§. XVII. Vxor maritum elugere tenetur, ac integrum annum expectare debet vidua, priusquam ad secundas convolet nuptias. Quantumuis enim veteres Romani decem duntaxat menses luctus constituerint vxori, vel, vt inquit PLVTARCHVS *in Num.* mulieres a morte maritorum decem menses permanerent viduae, adeo vt si quae intra decimum mensem nupsisset, eam leges NVMAE vaccam praegnantes immolare iuberent, cuius interualli praefiniti ratio erat, seu quod tantum impendi voluere veteres in elugendo marito, quantum natura flagitat ad partum hominis (vt scilicet mariti mors et filii partus matri et vxori aequo tempore videatur lugubris) seu quod decimo post obitum mariti mense parere possit honesta foemina. *l. 9. D. de liber. et posth.* VALENTINIANVS tamen ac THEODOSIVS Imperatores duos adhuc adiecerunt menses, sicque integrum annum luctui a foemina tribui voluerunt. *l. 2. C. de nupt.* Quod imperatores vnice fere ex

bo-

honestatis regulis introducendum esse credidere. Annus hic integer et continuus ignoranti etiam mortem mariti currit ab ipso die mortis. *l. 2. C. de sec. nupt.* et ideo si post legitimum tempus cognouit mulier mortem mariti, *Labeo* ait, *ipsa die et sumere eam lugubria et deponere*, teste VLPIANO *l. 8. de his, qui not. infam.* Quodsi talis maritus sit, quem more maiorum lugere non oportet, quod forte publico aliquo crimine teneatur, *l. 11. §. 3. D. de his, qui not. infam.* quod perduellis fiat, vel se suspenderit, aut alio modo violentas sibi intulerit manus, non potest tamen eius vidua, si vterum gerat, ante editum partum intra legitimum tempus nuptum collocari, *quia præter se ad id tempus retulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis d. l. 11. §. 1. et 2. de his, qui not. infam.* Si vero intra legitimum tempus i. e. intra anni spatium (*l. 2. C. de sec. nupt.*) partum ediderit nubere vel alterius vxor fieri non prohibetur, *d. l. 11. §. 2. de his, qui not. infam.* quia hic edicti ratio cessat, nec ob reuerentiam eius, qui, antequam ea pareret, decessit, vetebantur ei nuptiæ, sed propter seminis confusionem potissimum. Imo etsi honesti ac bonæ famæ viri vidua enixa fuerit, tempus tamen legitimum obseruare debet, quia hic non solum ob *sanguinis turbationem*, verum et *defuncti honorem et reuerentiam*, quam per annum adhuc ius ciuile saluam esse voluit, nuptiæ prohibentur; cum et vxor relicta virgo, lugere virum debeat, *l. 6. D. de rit. nupt.* quamuis hoc casu a Principe facile impetrari soleat, vt intra legitimum tempus mulieri nubere liceat. *l. 10. D. de his, qui not. infam.* Viris tamen nullum præscriptum est tempus, nullaque lege ii vxores lugere compelluntur; quare confestim post obitum vxoris

vxoris nouas contrahere nuptias permiſſum. Ratio diuerſi iuris quærenda eſt in *pietate* et *reuerentia*, quam marito debet mulier, non vir vxori, et propter quam vxores maritos elugere debent, mariti vero vxores lugere non compelluntur, ſed ſecundum pietatis rationem et animi ſui patientiam, prout voluerint, lugent. *l. 9. iunct. l. 23. D. de his, qui not. infam.* Sed licet viduæ expreſſa aliqua lege diuina vel ciuili forte non obligentur ad luctum; attamen durante ſpatio ſemeſtri poſt prioris coniugis obitum, eos a novo abſtinere matrimonio, aequum omnino eſt. IOH. GERHARD. *in loc. de coniug. §. 200.* PAVL. CYPRAEVS *de ſponſal. c. 13. §. 96.* Quamquam enim turbatio ſanguinis, ſeminisque confuſio in viris ceſſet, alia tamen prohibitionis ratio, *publica* ſcilicet *honeſtas*, obſtat, et licet poenam infamiæ non incurrat, leuitatis tamen et incontinentiæ notam incurrunt. CYPRAE. *de ſponſal. c. 13. §. 69.* Poena vero quintuplex ſtatuta eſt *in. l. 1. C. de ſec. nupt.* intra tempus luctus ad alia vota properanti. Nam (1) ipſo iure fit infamis *l. 1. 2. C. de ſec. nupt. l. 1. D. de his qui not. infam.* quæ infamia etiam extenditur ad patrem, qui filiamfamilias in matrimonium collocauit, eumque, qui ſui iuris ſciens eam duxit; *l. 1. D. de his, qui not. infam.* non autem qui iuſſu patris ſui, in cuius ſacris eſt, in ducendo obſecutus fuit, ſed pater eius, qui paſſus fuit: nam qui obtemperauit, venia dignus eſt, et qui paſſus eſt ducere, notari ignominia, non iniquum eſt. *l. 11. §. fin. D. eod.* (2) Plus tertia parte bonorum titulo dotis, vel per teſtamentum, vel inter viuos, in ſecundum transferre matrimonium nequit. *d. l. 1. C. de ſec. nupt.* (3) *Omnium hæreditatum, legatorum, fideicommiſſorum, ſuprema voluntа-*

voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers (h. e. horum nihil extraneus mulieri illi recte relinquit) *namque omnia ab hæredibus vel cohæredibus aut ab intestato succedentibus vindicari iubentur, ne in his, aiunt Imperatores, in quibus correctionem morum induximus, fisci videatur habere rationem.* (4) Amittit ea, quæ titulo hæreditatis, legati aut fideicommissi a priori marito accepit *d. l. 1.* quæ decem personis *edictio prætoris enumeratis* i. e. *ascendentibus* (patri, matri, auo, auiæ) et descendentibus (filio, filiæ, nepoti, nepti) *ex latere autem vsque ad secundum gradum* fratri et sorori addicuntur, quibus deficientibus sit locus fisco *d. l. 1.* (5) *Eandem mulierem infamem redditam, hereditates ab intestato vel honorarias non vltra tertium gradum finimus vindicare*, vt aiunt Imperatores *d. l. 1.* Hæc vero omnia recensita, scilicet prohibitio nuptiarum intra legitimum tempus luctus, pœnæ festinatis nuptiis secundis impositæ, sponsam, cuius nullus est luctus *l. 10. §. 1. de his, qui not. infam.* non constringunt ob cessantes prohibitionis rationes supra adductas, *l. 9. §. 1. D. de his, qui not. infam. l. 1. & 2. C. de sec. nupt. iunct. l. 5. & 6. 7. 8. D. de rit. nupt.* ex quibus magnum inter *sponsalia & matrimonium* discrimen elucet, quod nemo in dubium vocabit.

§. XVIII. Sponsus dotalium bonorum sponsæ dominium regulariter, aut vsumfructum non habet, quia dos respectum habet ad onera matrimonii, *l. 20. C. de iur. dot. l. 76. inf. de iur. dot.* licet vel maxime sponso ante nuptias dos data fuerit; quia res data non tam dos, quam *doti* est *destinata l. 7. in f. iur. dot.* quamuis repetitio eius denegetur: "quod enim ex ea causa nondum coito matrimo- *Differentia XVIII. intuitu dotis et bonorum vxoris.*

 trimo-

"trimonio datur, ſic datur, tanquam in dotem peruenturum, "adeoque quamdiu peruenire poteſt, repetitio eius non "eſt," vti ait ICtus in l. 8. *de condict. cauſa data, cauſa non ſec.* Videndum tamen, qua mente res datæ fuerint, vtrum, vt ſtatim eius fierent, an vero tunc, vt ſecutis demum nuptiis? In dubio credendum eſt, id agi, vt ſtatim res eius fiant, et ſic quoque vſucapio procedere poteſt, quæ priori caſu procedere non poterat. *l.* 1. §. 2. *D. pro dote.* Mariti eſt diuerſa ratio, qui non tantum *dotis dominus* fit, *l. 75. D. de iur. dot. l.* 20. *C. de iur. dot.*, ſed ſecundum plurium locorum ſtatuta, etiam reliquorum omnium vxoris bonorum paraphernalium vſumfructum habet. *l. fin. C. de pact. conuent.* Sachſen Land-Recht *lib.* I. *artic.* 31. Add. CARPZ. *in iurispr. for. p. 3. conſtit.* 16. *def.* 12. et MEVIUS *ad ius Lubec. lib.* 2. *artic.* 12. *n.* 154. *& ſeqq.* Vnde etiam maritus dotis ſimpliciter promiſſæ vſuras demum a die nuptiarum exigere poteſt *l. 7. §. fin. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* CARPZ. *in iurispr. for. p. 3. conſtit.* 23. *def.* 4.

Differentia XIX. ratione alimentorum.

§. XIX. Sponſus alimenta ſponſæ præſtare, aut pecuniam luſtricam, ſi ſponſa matrina fiat, aut donum nuptiale, ſi ad conuiuium nuptiale inuitetur, ſuppeditare, ſponſæ ægrotantis curam gerere, mortuæ funus componere, iure cogi non poteſt; quod tamen ſi fecerit, fructus dotis promiſſæ interim lucratur. COLER. *de aliment. lib. c.* 2. *n.* 19. Maritus vero omnia matrimonii onera ſubire obligatur, *l. 75. D. de iur. dot. l.* 20. *D. de iur. dot.* vxorem pro ſtatu ſuo alere, veſtire, famulas quoque in ſeruitium aut in adiutorium vxoris *c.* 11. *diſt. 3.* ac totam familiam ex ſuis bonis ſuſtentare, CARPZOV. *p. 3. c.* 20. *dec.* 18. *n.* 6. MEVIUS *p.* 2. *dec.* 121. *n.* 2. vtque pro aegrota, vel

vel furiosa vxore expensas in curam erogare debet, *l. 22. §. 8. D. solut. matr. l. 13. C. de negot. gest.* quae omnia plenius et vberius excutiuntur a COLERO *cit. tr. lib. 1. c. 10.*

§. XX. Largitas siue sponsalitia donatio celebratis sponsalibus intuitu futuri matrimonii, tam a sponso eiusque parentibus sponso eiusque parentibus, quam a sponsa eiusque parentibus sponso eiusque parentibus data, *(l. 1. 2. 3. 4. 6. 15. 16. 14. 13. 18. C. de donat.)* matrimonio subsecuto ac consummato, eius, cui data, manet, nulla admissa distinctione, quo modo et cuius interueniente culpa matrimonium postea sit dissolutum. Conditio enim nuptiarum, quam sponsalitia largitas expresse vel tacite continebat, omnimodo adimpleta est, nisi forte conuentum fuerit, vt matrimonio distracto, data apud dantem eiusue haeredes remanerent; tum enim ea iure postulari posse, rescripserunt Imperatores in *l. 7. C. de donat. ante nupt. l. 12. C. eod.* Omnino diuersum obtinet in *sponsalibus*; iis enim dissolutis, nuptiisque non secutis, si vnus desponsatorum temere fecit dissidium, data amittit, accepta restituit, ac promissa transferre debet. *l. 15. C. de donat. ante nupt.* Sin iuste ac legitime repudiauerit sponsam culpae ream, et vice versa, sponsus aut sponsa donata repetit, accepta retinet, promissa iure postulat. *d. l. 15.*. Sin non culpa alterutrius dissolutio eueniat, data repeti possunt condictione causa data, causa non secuta, quia *adfinitatis coeundae causa*, vt dicitur *in cit. l. 15.* h. e. *sub conditione futurarum nuptiarum*, facta est donatio inter desponsatos, quae reuocari non posset, si sponsalia etiam inter ipsos desponsatos perfecta, nec a solis parentibus contracta ipsum iam constituissent matrimonium, quod tamen adhuc in *conditione* hoc casu positum erat,

Differentia XX. rationè donationis inter desponsatos factas.

rat, et ita minime constitutum. Ergo cessante fine, cessat quoque donatio. *l. 8. C. de condict. ob causam dat.* Quod si mutuo dissensu bona gratia non animi rancore et offensa a sponsalibus discesserint, *l. 32. §. 10. D. de donat. inter vir. et vxor.* itidem donata restituuntur, dum adimpleta nuptiarum non deprehenditur conditio, prout antea dictum. Si vero morte matrimonii impediatur consummatio, i. e. si sponsus vel sponsa ante subsecutas decedat nuptias, omnia ea, quæ intuitu matrimonii, non ex mera liberalitate, donata fuere, ad sponsæ sponsiue hæredes reuertuntur *l. 1. §. 1. D. donat. l. 2. de donat. ante nupt.* nisi osculum interuenisset. *l. 16. C. de don. ante nupt.* Delibatam scilicet quadantenus et pro parte dimidia sponsæ pudicitiam, osculo interueniente, inter Romanos creditum fuisse obseruat IACOB. GOTHOFRED. *ad l. 5. C. Theod. de sponsal.* adeo vt, cum sponsus osculum præbuit, plus quam sponsa censeri debuerit, et conditio pro parte secuta fuisse videatur. De SCIPIONE Africano refert FLORVS *lib. 2.* quod puellas summæ pulchritudinis bello captas, ne in suum quidem conspectum adduci passus fuerit, ne vel oculis quid de virginitate delibaret. Ex quibus patet, quod si tentatam virginum pudicitiam Romani castiores crediderunt, cum ad illas oculis fruendas itum est, quanto magis osculis tribui debuerint. Oscula ex seuera Romanorum gravitate ad licentiam coniugalem pertinebant, vt tum temporis quodam modo illud QVINTILIANI *declam. 276.* vsurpare liceret, *vxorem aut maritum tantum osculo putari.* Vnde CONSTANTINVS quasi osculum quid virginitati decerperet, nec in totum amplius illibata puella, sed pro parte quasi dimidia delibata eius pudicitia, imo iam arctius cum sponso suo coniuncta esset, constituit, sponsam osculo exceptam dimidiam eorum,

eorum, quæ in ſpem matrimonii a defuncto accepiſſet ſponſo, lucrari partem *l. 16. C. donat. ante nupt.* Quare vero non idem in ſponſo etiam obtineat, ad id Doctores communiter reſpondent, oſculo ſponſæ pudicitiam non ſponſi delibatam credidiſſe veteres; ideoque illam ſolum per oſculum arctiori nexu ſponſo ſociatam eſſe, imo quoad ſponſam tantummodo quoddam nuptiarum acceſſiſſe implementum, vtpote quæ oſculo edidiſſe videretur conſenſus coniugalis argumentum, et quodammodo conditionem adimpleuiſſe, dum concubitus ſolus non facit nuptias; *l. 30. D. de R. I.* quoad ſponſum non item, cuius oſculum, quia inane habebatur, nec pudicitiæ ipſius inferebat iacturam, nequaquam in vim conſenſus coniugalis accipi poterat.

§. XXI. Coniuges de iure ciuili in caſu *nouellæ 117. c. 5.* et hinc deſumta *authent. præterea C. vnde vir. et vxor.* vt et iure prætorio ſuccedunt. *t. t. D. et C. vnde vir,* Olim quidem deficiente omni parentum, liberorum et propinquorum legitima ſucceſſione erat fiſco locus, qui bona vt *vacantia* occupabat, vt colligere eſt ex *l. fin. C. Theod. de legit. ſucceſ.* vbi dicitur: *fiſco noſtra matrimonii iura præponimus.* Poſtea tamen iure prætorio inducta eſt bonorum poſſeſſio, *vnde vir et vxor*, quo, nullis agnatis aut cognatis extantibus, maritus et vxor ſibi inuicem ſuccedunt, quod communiter reſtringere ſolent, niſi cognati vltra decimum gradum adſint; hos enim haud ſuccedere, ſed iis ſuperſtitem coniugem præferendam eſſe volunt, KOHL. *de ſucceſſ. coniug. P. 1. n. 8. ſeqq.* GAIL. 2. *obſ. 150.* CARPZOV. *P. 3. c.* 18. *def.* 31. MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 2. tit. 2. art. 1. n. 84.* RICHTER *de ſucceſſ. ab inteſt. membr. 4. ſect. 3. n. 20.* Sed hanc ſententiam nullo ſubnixam

Differentia XXI. rationes ſucceſſionis.

nixam esse iuris fundamento dicit STRYK. *in Tract. de success. diss. 3. c. 1. §. 29.* Non enim asseri potest, coniugum successionem esse alias inanem, cum consequentia hæc sit falsa, quia licet rarius deficiant cognati, probatio tamen cognationis sæpe deficere possit, ideoque tali casu successio coniugum locum habere debeat. Requiritur autem in hoc edicto, (1) *vt iustum legitimumque inter eos fuerit matrimonium*, quamuis copula carnali non confirmatum. *l. vn. pr. D. vnde vir. et vx.* (2) *Vt matrimonium adhuc tempore mortis duret*, cum diuortio facto hæc successio exspiret. *d. l. vn. §. 1. d. tit.* Non vero desponsati sibi inuicem succedunt, vtut WESENB. *ad tit. D. de sponsal. n. 5.* GAIL. 2. *obs. 80.* KITZEL. *in Synops. matrim. c. 5. theorem. 7. lit. d.* contrarium sentiant, qui *viri et vxoris* appellatione nondum veniunt, nec mortis tempore in matrimonio viuunt, quod tamen, vt supra diximus, requiritur. *conf. l. 5. C. de bon. quæ lib.* ibi: *significatione nominis maritus et vxor post cœptum matrimonium intelligitur.* Porro successio ob *matrimonium* conceditur, in desponsatis vero non est matrimonium, sed fieri speratur. Deinde copula et benedictio sacerdotalis deficit, qua matrimonia confirmari debeant, asserente LEONE *Nouell. 29.* vt et consensus coniugalis, qui coram sacerdote declarandus erat, inter eos nondum interuenit. Imo etsi concubitus inter desponsatos matrimonium naturale et indissolubile faciat, *c. 30. et* 31. *de sponsal. et c. 3. X. de sponsa duor.* adeoque liberi ex istis concepti sponsalibus suis succedant parentibus; *l. 9. C. de nupt.* quia tamen eiusmodi matrimonium contra canones est contractum, *c. 1. et 3. C. 30. q. 5. c. vlt. X. de cland. desponsat.* hinc in casu, quo sponsus vel sponsa ante benedictionem decedit sacerdotalem, alter alteri ab intestato non succedit; quod si autem copula et benedictio

ctio sacerdotalis accedat sponsalibus, ex eo desponsati statim fiunt coniuges, atque omnes effectus contracti matrimonii de iure eam sequuntur communi, nuptias enim legitimas non concubitus inter desponsatos facit, sed hodie magis solus coram facie ecclesiae declaratus consensus coniugalis.

§. XXII. Hypotheca et priuilegium inter hypothecarios, quod datum est pro dote nuptis *in l. vlt. C. qui pot. in pign.* ad sponsas, quae dotes prorogauerint, non pertinet. LAVTERBACH. *de tacit. pign. th. 14.* Quamuis enim contrarium colligatur ex *arg. l. 5. C. de bon. quae lib.* vbi, quod de *fundo dotali* in nuptarum gratiam statuitur, ad sponsas extenditur, laudato sententiae auctore IVLIANO, quam et CAIVS tradit *l. 4. de fund. dot.* plerique tamen sponsae pro dote prorogata priuilegium inter *personales* duntaxat adscribunt. *l. 74. de iur. dot. l. 17. de reb. auct. indic. possit* IVSTINIANVS sane hanc hypothecam et priuilegium ad cohabitationem coniugalem retulisse videtur his *d. l. vlt. §. 1. C. qui potior in pign.* verbis: *quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem?* quae omnia sponsae non conueniunt, aut certe conuenire non debent. Quamuis vero vlterius regeri posset, iure veteri *vxorem* et *sponsam* ratione dotis esse exaequatas, adeoque merito quoque iure nouo in *cit. l. 12.* exaequatas censeri, id tamen non esse admittendum, recte censet LAVTERBACH. *c. l.* tum quod priuilegia non sint extendenda, tum quod rationes *cit. l. 12.* non possint applicari sponsae, adeoque credibile sit, Imperatorem de sola *vxore* non etiam de *sponsa* disposuisse.

Differentia XXII. ratione iuris praelationis.

§. XXIII.

Differentia XXIII. ratione obligationis.

§. XXIII. Ex ſponſalibus oritur obligatio ex conſenſu mutuo; definiuntur enim ab ICto, quod *ſint mentio et repromiſſio futurarum nuptiarum* ad conſummandum matrimonium. Hæc obligatio iure veteri Romano vim ciuilem habuit, ad compellendum, vt promiſſioni ſatisfieret; cum enim per ſolennes ſponſiones, ſeu *ſtipulationes*, ſponſalia contrahebantur, a quibus etiam, teſte VLPIANO in *l. 1. D. de ſponſal.* nomen acceperunt, dabatur actio ex ſtipulatu ad implendam promiſſi fidem, dum omne factum honeſtum in ſtipulationem deductum, actionem ex ſtipulatu parit *l. 2. pr. D. de V. O. l. 14. 73. et 81. D. eod.* a qua actione non diuerſa erat illa, quam *de ſponſu* vocant, cuius ex NERATIO *lib. 2. de nupt.* meminit CVIACIVS ad *tit. C. de ſponſal. p. 251.* quam ſponſo datam fuiſſe dicit. Ex ſponſu enim agere veteribus idem fuit, quam ex ſtipulatu, *l. 19. D. de aedilit. edict.* quo etiam omnino pertinet fragmentum, quod A. GELLIVS *lib. 4. noct. attic. c. 1.* ex Seruii Sulpitii libro de dotibus nobis aſſeruauit: *ſi poſt eas ſtipulationes vxor non dabatur aut ducebatur, qui ſtipulabatur, ex ſponſu agebat, iudices cognoſcebant, iudex, quam ob rem data acceptaue non eſſet vxor, quærebat. Si nihil iuſtæ cauſæ videbatur, litem pecunia*, Abtrag *vocamus, æſtimabat, quantique interfuerat, eam vxorem accipi aut dari, eum, qui ſpoponderat, aut qui ſtipulatus erat, condemnabat.* At iure ſequiori Romano neceſſitas adhibendi ſtipulationem in ſponſalibus remiſſa, ceu ipſe ICtus *l. 2. ff. de ſponſal.* ſtipulationem illam et ſponſionem ad mores veterum refert. Idem affirmat GELLIVS, dum pergit, *hoc ius ſponſaliorum obſeruatum dicit Servius ad id tempus, quo ciuitas vniuerſo Latio lege Iulia data eſt ac permiſſum, vt ſimplici contraherentur conſenſu.* Vnde etiam ICtus *l. fin. ff. de ſponſal.* aſſe-

ſerit, in ſponſalibus conſtituendis parui referre, per ſe et coram, an per internuncium vel per epiſtolam, an per alium hoc factum ſit, quod non procederet, ſi *ſtipulatione* opus eſſet, quæ non niſi conceptis verbis inter præſentes expediebatur, *l. 1. D. §. 1. de V. O.* adeoque etiam tanta ſponſaliorum non permanſit obligatio, vis et poteſtas, vt aduerſus eum, qui ſpopondit, firma competeret actio, cum vix *nudi pacti* ſeu *conuentionis* terminos excederent, adeo vt nequidem poenali ſtipulatione conſtringi potuerint ſponſalia. *l. 134. pr. D. de V. O. l. 71. §. 1. de condit. et demonſt.* Conuentio vero illa ſimplex præter exceptionem, iure prætorio conceſſam, nullum producebat ius. Vnde CVIACIVS ad *tit. C. de ſponſal. p. 253.* aſſerit, pactiones de futuris nuptiis obligationem non producere, quod et innuere videtur ICtus, quando *ſpem nuptiarum* ex ſponſalibus naſci dicit, *l. 6. D. de ſponſal.* quorſum et collineat *l. pen. C. de ſponſal.* vbi *ſperatæ nuptiæ* dicuntur ſponſalia, ex quibus apparet, nondum perfectum obligationis adeſſe vinculum, ſimili ratione, qua de promiſſione conditionali dicitur *ſpem eſſe debitum viri.* Vnde liberum fuit alterutri, ſponſalibus renunciare, et cum alio quouis matrimonium contrahere, *l. 1. C. de ſponſal. l. 2. de repud.* et tantum ad arrhas quadruplicatas reddendas refractarius, a ſponſalibus reſilens, damnandus erat, exceptis paucis caſibus, vti conſtat *ex l. 6. Cod. Theod. de ſponſal.* et iis quæ a GODOFREDO ibidem annotata. Hæc tamen pœna ex conſtitutione LEONIS et ANTHEMII ſublata fuit, iuſſusque tantum mulctari reſiliens amiſſione arrharum, quas dederat, et reſtitutione duplicatarum, quas acceperat. Arctius vinculum naſcitur ex ipſo matrimonio, et inde etiam ex iis varias actiones largiuntur, cum vxori contra maritum, tum mari-

 to

to contra vxorem ad alimenta, cohabitationem et operarum coniugalium exhibitionem; alii etiam interdicta *recuperatoria* et *exhibitoria* concedunt, alii denique *actiones praeiudiciales*. Hoc certum est, contra ipsam vxorem, quae se vxorem esse negat, actionem praeiudicialem instituere posse maritum arg. *l. 3. §. 4. de agnosc. et alend. lib.* et contra seductores vxoris *vtilem serui corrupti*, ad interesse, arg. *l. 11. de seru. corrupt.* imo vxorem profugam vbique locorum et a quouis, etiam a socero, in cuius potestate filia iure Romano adhuc existebat, et patre suo detinente vindicare et ad exhibendum agere posse. *l. 2. D. de lib. exhib.* Sunt etiam aliae actiones, quae ante et post diuortium locum habere poterant, vt *de agnoscendis liberis* etc. quae ad desponsatos *ordinarie* applicari nequeunt.

Differentia XXIV. ratione conditionis

§. XXIV. Sponsalia contrahi possunt pure, in diem et sub conditione. Si *pure*, obligatio simul et actio confestim existit §. 2. *I. de verb. oblig.* vt cedat et veniat dies, quod eo tempore, quo stipulatio interueniebat, et sic efficax actio aderat, insignem habebat vtilitatem. *In diem* certum vero; quando quidem obligatio repente nascitur, at actio in praesens non datur; sed die demum adueniente, in quem collatae erant nuptiae *l. 46. D. de verb. oblig. l. 44. §. 1. D. de oblig. et action.* Denique *sub conditione*, si ipsam obligationem sponsalitiam adiecta conditio incerta, an extitura sit? suspensam tenet *l. 64. D. de verb. oblig. §. 4. eod. Instit.* Imo et sub modis honestis et possibilibus, vti omnia alia negotia, ita et sponsalia contrahi possunt. Nuptiae autem conditionem respuunt, partim ob rationem *l. 77. D. de diuers. reg. iur.* partim quod quamdiu pendet conditio, deficiat consensus coniuga-

iugalis, qui præsentem cohabitandi facultatem desiderat, quam conditio talis adimit, et sic magis adhuc durant sponsalia, quam nuptiæ constituuntur, si vel maxime domum sponsa ducta fuerit. *arg. l. 9. de sponsal.* *Matrimonium ipsum*, ait ZIEGLERVS *diss. de condit. th. 17. siue nuptiæ omnem prorsus respuunt conditionem. Quia enim illæ per coniunctionem maris et fœminæ de præsenti definiuntur, et talem, quæ indiuiduam vitæ consuetudinem continet, §. 1. l. de patr. pot. earum natura pati nequit, vt coniunctionem talem factam et nihilominus in futurum et incertum euentum suspensam dicamus.* CYPRAEVS *de sponsal. l. 8. §. 13. n. 1.* et apud DEDEKENNVM *volum. 3. lib. 2. sect. 5. n. 1.* KITZEL. *in synops. matrim. c. 5. theor. 8. sub lit. f.* BECHSTADT. *de condit. sponsal. part. 1. l. c. 2. n. 2.* CARPZOV. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 11. def. 205.* NICOLAI *de diuort. part. 2. c. 4. n. 1. seq.*

§. XXV. Sponsalia, quæ sunt pactiones et promissiones de *futuro matrimonio*, solennitatem non requirunt Iure Romano, vt matrimonium. Quamuis enim olim fierent per *solennem stipulationem*, i. e. interrogationem et responsionem, quarum illa competebat sponso, hæc sponsæ; postea tamen sublata illa solennitate, *nudo consensu* de ineundo matrimonio, quomodocunque declarato, constituta sunt sponsalia, nullamque præterea solennitatem requirunt, quod disertis pronunciat verbis VLPIAN. in *l. 1. D. de sponsal.* dicens: *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.* Hoc de nuptiis vero minime dici potest; illæ enim præter consensum alias etiam desiderant *solennitates*, quorum præcipua est *deductio in domum*, quæ magna cum solennitate et festiuitate peracta fuit. *Vespera enim*, vt refert BOCKELMANN. in *Commentario ad D.* *lib.*

Differentia XXV. ratione solennitatum.

lib. 23. Tit. 2. §. 18. *nuptialis diei tres pueri prætextati, patrimi et matrimi, nouam nuptam ducebant, ita vt duo eandem tenerent, tertius faces præferret, quinque ex spina alba confectas in honorem, vt putatur, Cereris caput nuptæ flammeo velabatur: et ipsa cingulo ex lana confecto (quod cestum appellabant) præcingebatur. Id herculeo nodo vinctum fausti ominis causa vir soluebat, vt felix esset in generando instar Herculis, quem quinquaginta virgines vna nocte gravidas reddidisse ferebatur. Mulier aedes intrans, suillo vel lupino adipe postes lana vngebat, ne quid mali medicamenti inferretur: tum fores lana coronabat. In ipsa domo aqua et igni accipiebatur, colum secum ferens. Tandem in pelle lanata considebat.* Hac igitur solenni deductione in domum sponsi nuptiæ celebrabantur, et contrahentes non amplius *desponsati* sed *coniuges* erant *l.* 15. *D. de condit. et demonstr.* vbi Vlpianus ait, *cui fuerit sub hac conditione legatum, si in familia nupsisset, videtur impleta conditio, statim atque ducta est vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit.* His verbis VLPIANVS non negat conditionem esse impletam, si sponsa in cubiculum mariti venerit, sed id tantum intendit, hoc non præcise esse necessarium, si modo solennis in domum deductio, prout moris erat, accesserit. Alias etiam concubitus cum fœmina, quam quis secum domi suæ matrimonii habebat causa, etiamsi circa vllam ducta esset solennitatem, verum constituebat matrimonium, liberique inde nati erant legitimi *l. 9. l. 22. C. de nupt.* Id ergo asserit, satis esse, si modo ducta et hoc modo in mariti transiuerit potestatem, vt cum ea concumbere posset, etiamsi in eius nondum venerit cubile et carnaliter cognita sit. Porro POMPONIVS *in l. 5. D. de rit. nupt.* hoc confirmat, vbi ita scribit: "mulierem absenti per literas eius vel per nun-

„tium

„tium posse nubere placet, si modo in domum eius deduce„retur, eam vero, quæ abesset ex literis vel nuntio duci a „marito non posse. Deductione enim opus esse in mariti „non vxoris domum, quasi in domicilium mariti." Et VLPIANVS *in l. 6. D. eod.* "Denique Cinna scribit; eam qui ab„sentem (potius absens) accipit vxorem: deinde rediens „a cœna iuxta Tiberim periisset, ab vxore lugendum respon„sum est," quoniam scil. per transitionem in domum mariti, vtut absentis, et a marito carnaliter non cognita, vero tamen eius fuerit vxor, consequenter maritum lugere tenetur. *l. 1. et l. 9. D. de his qui not. infam.* Inde PAVLVS *in l. 7. D. eod.* concludit, *potest fieri*, vt *in hoc casu*, qui ab VLPIANO modo relatus est, *aliqua virgo* et *dotem et de dote habeat actionem.* Idem SCAEVOLA in *l. pen. pr. D. de donat. int. vir. et vxor.* confirmat, et *Seia*, ait, *Sempronio*, *cum certa die nuptura esset*, *antequam domum deduceretur*, *tabulæque dotis signarentur* (ideoque cum sponsa adhuc esset) *donauit tot aureos*, *quæro an ea donatio rata sit?* In textu statim hæc verba: *non attinuisse*, sequuntur, quæ tamen haud cohærere, quilibet facile videt, adeoque hunc textum esse corruptum, obseruat GOTHOFRED. in *not. ad cit. l.* Inde alii haud improbabiliter asserunt, pro *non* forsan positum fuisse *Ron*, h. e. *respondi*, quod præterea antecedens verbum, *quæro* addi debuit, cuius loco tamen per abbreuiaturam *Ron* in textu authentico sine dubio scriptum, et descriptorum incuria loco eius verbum *non* substitutum fuit. Hoc modo sanus est textus: *respondi attinuisse tempus*, *an antequam Seia domum deduceretur*, *donatio facta esset*, *aut tabularum consignatarum*, *quæ* (scilicet tabulæ) *plerumque et post matrimonium contractum fierent*, *in quærendo exprimi.* Multum enim interest,

quo

quo tempore, an ante vel poſt deductionem in domum ſponſi donatio ſit facta. *Itaque niſi ante contractum matrimonium quod conſenſu* (coniugali ſcilicet per tranſitionem ſponſæ in domum ſponſi declarato) *intelligitur contractum, donatio facta eſſet, non valere.* Et hoc idem SCAEVOLA in ſimili caſu, quo ſponſus ſponſæ donauit in eadem lege §. I. reſpondet, aiens: *virgini* (deſponſatæ) *in hortos deductæ ante diem tertium, quam ibi nuptiæ fierent* (i. e. feſtiuitas nuptialis celebraretur) *cum in ſeparata diæta ab eo* (ſponſo) *eſſet, die nuptiarum quidem, ſed priusquam ad eum* (ſponſum) *tranſiret, et priusquam aqua et igni, acciperetur*, i. e. *nuptiæ celebrarentur*, (ex quo loco aperte conſtat, quod ICti Romani per nuptias proprie intelligant deductionem ſponſæ in domum mariti, eiusque acceptionem aqua et igni) *obtulit decem aureos dono, quæſitum eſt poſt nuptias contractas, diuortio facto, an ſumma donata repeti poſſit?* tanquam donatio inter virum et vxorem facta, adeoque inualida? *Reſpondet* SCAEVOLA, *id, quod ante nuptias* i. e. antequam ſponſa ad ſponſum tranſiret, et aqua et igni acciperetur, *donatum proponeretur, non poſſe de dote*, vxori diuortio facto reddenda, *deduci*, adeoque vxorem donum illud retinere, et nihilominus integram dotem repetere poſſe. Similiter Imperator AVRELIANVS conſulenti de validitate donationis in die nuptiarum, adeoque tempore deductionis in domum in ſponſam a ſponſo collatæ, ita *in l. 6. C. de donat. ante nupt.* reſcribit, *cum in te* (ſponſam) *ſimplicem donationem dicis factam eſſe die nuptiarum, et in ambiguum poſſet venire, vtrum a ſponſo, an a marito donatum ſit? ſic diſtinguendum eſt: vt ſi in tua* (ſponſæ) *domo donum acceptum eſt, ante nuptias facta videatur eſſe donatio* (adeoque valeat) *quod ſi penes ſe* (in ſua domo) *dedit ſponſus, re-*

trahi

trahi possit; vxor enim post deductionem sponsæ in domum sponsi *fuisti*, adeoque donatio illa non valet. *t. t. D. et C. de donat. inter vir. et vxor.*

Differentia XXVI. ratione pœna binorum sponsalium et matrimonii dupli-cis.

§. XXVI. Bina sponsalia eodem tempore contrahens infamiam incurrit, *l. 1. in fin. l. 13. §. 1. seq. D. de his qui not. infam. l. 13. D. ad L. Iul. de adult. l. 18. C. eod. gloss. in l. 2. C. de incert. nupt.* cui iudex arbitrariam pœnam annectere potest. *d. l. 18. C. ad L. Iul. de adult. Nouell.* 117. *c. 11. verb. si autem præter hanc auth. hodie C. de repud. iunct. l. 50. D. de R. I.* et olim quadruplum, hodie duplum arrhæ restituere tenetur. HARTM. PISTOR. *p. 4. q. 206. n. 15.* Imo sponsa ad interesse quoque agere potest, quia in *stipulationibus* facti, post moram ad interesse agitur. CORAS. *lib. 2. miscell. c. 5. Dyn. in reg. mor. de R. I. in 6.* Sponsalia vero facti continent stipulationem *d. l. 2.* ergo ex ipsis agi ad interesse poterit. Si sponsus secundam carnaliter cognouit, non solum iure ciuili infamiæ notatur macula, sed etiam stupri pœna afficitur, quæ in honestis personis confiscatio dimidiæ partis bonorum, in aliis vero vilioris conditionis castigatio corporis cum relegatione. *§. 4. I. de publ. iudic. l. 18. C. ad L. Iul. de adul.* MANSER. *ad §. 11. I. de nupt. vers. sexto ratione matrimonii p. 372.* WESENBEC, *parat. D. ad L. Iul. de adult. n. 21.* GOEDD. *ad l. 101. princ. D. de V. S. n. 5.* Binas vero nuptias contrahens iure ciuili, si sit mulier, vt adultera punitur *arg. l. 7. C. de repud.* vbi mulier, quæ, absente militiæ causa viro, per quadriennium nupsit alii, capite non punienda dicitur, supponens ita, capitalem pœnam, quæ hodie est adulterii, nocentibus aliter infligi. Conf. *auth. hodie C. eod.* vbi et casus in præcedente lege exceptus non excipitur et *Nouell. 117. c. 11. l. 6. §. 1. l. 34.*

ad L. iul. de adult. Puniebat autem lex Iulia initio adulterium non capitali ſed mitiori plerumque relegationis pœna. Illa CONSTANTINI M. tempore inualuit, prout THOMASIVS *in diſſert. Lipſ. 7. de crim. bigam. §. 64. 65. 66.* oſtendit, vbi et explicat CONSTANTII vel CONSTANTIS verba notabilia, quibus *pari ſimilique ratione ſacrilegos nuptiarum tanquam manifeſtos parricidas inſuere culeo viuos vel exurere iubent.* IVSTINIANVS hanc capitalem adulterii pœnam circa mares haud immutauit, leniorem tamen gladio fœminis impoſuit, *Novell. 134. c. 10.* ſcilicet vt virgis cæſa in monaſterium detruderetur, et ſi maritus intra biennium illam ad ſe non reuocauerit, ibi toto vitæ ſuæ tempore tanquam in carcere manere et pœnitentiam agere cogeretur. Si vero eſſet vir bigamus, ſtupri pœna locum ſibi vindicabat, *l.* 18. *C. ad L. iul. de adult.* quæ determinata eſt in *§. 4. I. de publ. iudic. l. 6. D. ad L. iul. de adult.* nec ſucceſſu temporum in capitalem mutata. Audiamus tamen PAVLVM qui *in l. 1. §. vlt. D. de extr. crim.* ait: *non ſolum eum, qui puero,* [illegible] *qui mulieri ſtuprum intulerit, perfecto flagitio, capite pu*[illegible]*um eſſe.* Sunt, qui exiſtimant, PAVLVM, de ſtupro violento locutum fuiſſe, cui tamen verba reclamant. Alii obſeruant pro *ſtupratoribus* legendum *prædicatoribus*; ſed fides exemplarium repugnat, leniorque flagitio pœna foret. Porro ALCIATVS *lib. 5. paradox. c. 1.* arbitratur, pœnam capitalem tantum fuiſſe irrogatam, ſi *extra ordinem* reus accuſatus fuit, i. e. ſi tales affuerunt circumſtantiæ, quæ inſignem arguerent improbitatem, cuius exempla ANTON. MATTHAEI *in comment. ad lib. 47. et 48. de crim. lib. 48. §. 15. et 18. p. m. 397. et 98.* adfert. Sed probabilior eſt ſententia, textum loqui non de *ſtupratore*, ſed de *ſeductoribus mulierum*, et iis, qui ſtupra concilia-

ciliabant, von den Kuplern, quod indicant verba: "aut mulierem puellamue interpellauerit, quidue impudicitiæ gratia fecerit, donum præbuerit, pretiumue, quo is "persuadeat, dederit." Huiusmodi corruptores puellarum eo grauius puniendi erant, quo turpius peccabant in conciliandis stupris. Huc vero minime referenda est bigamia virilis, vt putant THEOPHILVS *ad §. affinitatis et seqq. l. de nupt.* et LVD. ROMANVS *singul. 537.* dum fundamento destituuntur, quia in constitutione VALERIANI, ad quam prouocant, nihil ea de re exstat, obseruante THOMASIO *in diss. 7. Lips. de crim. bigam. §. 70.*

Differentia XXVII. ratione secundarum nuptiarum.

§. XXVII. Nuptiæ secundæ *per se non odium*, sed potius *fauorem*, intuitu reipublicæ, cuius interest, ciuibus ex iustis nuptiis natis, quam maxime augeri, eumque in finem nuptias repeti, merentur, Vnde et apud Romanos olim pœna fuit statuta in cælibes, eosque, qui non tantum *primis* sed et *secundis* abstinerent nuptiis, vt prole efflorесceret ciuitas. Hac enim ratione lege Iulia Miscella cautum fuit, vt liberum esset mulieri nubere, et legatum, sub conditione, *ne nuberet*, relictum, consequi, si iuraret, intra annum se *liberorum quærendorum causa* nuptias contracturam, aut post annum cautionem Mutianam præstaret, sed ad novas nuptias non conuolaturam. vid. GRAVINA *in orig. iur. ciuil. lib. 3. §. 56.* Interim postea fauore liberorum prioris matrimonii cautum est, vt (1) binubus vel binuba amitteret proprietatem omnium rerum, quas quocunque titulo a coniuge defuncto accepit, reseruato tantum vsufructu, dum viuit. *l. 3. 5. 9. §. 1. C. de sec. nupt. Nouell. 22. c. 23. & 30.* (2) Vt quod donatum relictumue est liberis prioris matrimonii,

monii, integrum penes illos maneret, et quidem penes omnes in ſolidum ex æquo, excluſis liberis poſterioris matrimonii. *Nouell. 2. c. 1. Nouell. 22. c. 25.* (3) Mater binuba ſuccederet quidem liberis ſuis et *ex teſtamento* et *ab inteſtato*, ſiue ante, ſiue poſt mortem filii ad ſecundas nuptias venerit, ſed ab inteſtato eorum tantum vſumfructum acciperet, quæ ex paterna ſubſtantia ad filium peruenere; " quantum " vero ad antenuptialem donationem pertinet, ad ſecun- " dum veniens conſortium (ſunt verba *Nou. 2. c. 3. in f)* " neque ſecundum quantum hæres exiſtit, filii fruatur; ſed " hoc filiorum ſit ſolum lucrum eis a lege datum, et non vi- " deatur eſſe pars hæreditatis filii; ſed adhuc ante nuptialis do- " nationis non abiiciens naturam; *conf.* auth. ex teſtam. C. de ſec. " nupt. (4) Mater donans aliquid filio de ſuo, ſi ad ſecundas ve- " nerit nuptias, non poterit per occaſionem ingratitudinis reuo- " care quod datum eſt, niſi tamen aperte filius aut circa vitam " ipſam inſidiatur matri, aut manus inferens impias, aut circa " ſubſtantiæ totius ablationem agens aduerſus, eam aliquid de- " claretur. Nou. 22. c. 35. (5) Si ex priori matrimonio " procreatis liberis, pater materue ad ſecunda vota mi- " grauerit, non ſit ei licitum nouercæ vel vitrico teſta- " mento vel ſine ſcriptura ſeu codicillis hæreditatis iure ſiue " legati, ſiue fideicommiſſi titulo plus relinquere, nec do- " tis aut ante nuptias donationis nomine, ſeu mortis cau- " ſa habita donatione conferre, nec inter viuos conſcriben- " dis donationibus quam filio vel filiæ, ſi vnus vel vna extiterit," quatenus ille filius non ſit iure exhæredatus, aut minus legitima portione habeat *l. 6. C. de ſecund. nupt. Nou. 22. c. 27.* Quod vltra datum, pro non dato habetur, liberisque prioris matrimonii defertur, nihil iuris in id ſecundi matrimo-

nii

nii liberis, vitrico vel nouerca vindicare valentibus *Nouell. 22. c. 27.* (6) Addunt quidam, viduam ad ſecunda vota tranſeuntem dignitatem et priuilegia prioris mariti amittere, *l. 8. l. vlt. D. de Senat.* quod non poena, ſed matrimonii conſequens neceſſarium eſt. (7) Denique nonnulli contendunt, ad ſecunda vota transuolantem amittere legitimam, vt ſi vel maxime filius ei minus reliquerit teſtamento, ſupplementum petere nequeat, quod tamen nulla conſtitutione cautum reperitur. Sicuti vero in *nuptiis* contractis hæc adducta ſibi locum vindicant, ita ceſſant, ſi ſola contracta fuerunt ſponſalia, cum in legibus, gratificationem inter coniuges prohibentibus, ſponſus et ſponſa *mariti* aut *vxoris* appellatione non veniant. Nec per ſponſalia tam grande liberis primi matrimonii, quam per re ipſa contractum ſecundum matrimonium et factam vitrici vel nouercæ ſuperinductionem, generatur præiudicium, de quo Imperator CONSTANTINVS iudicat, quod immoderatæ atque intemperantes mulieres nouis maritis non ſolum res filiorum ſed et vitam addicere præſumantur. *l. 22. C. de adminiſtr. tutel.* Imo CAIVS ICtus perſuaſiſſimum habet, parentes plerumque maligne circa ſanguinem ſuum inferre iudicium, nouercalibus delinimentis inſtigationibusque corruptos *l. 4. D. de inof. teſt.* quæ res prouerbio de *nouercali odio* etiam locum dedit, Iuſtinianoque illa expreſſit verba: „ offendere Deum, de„ functi animam contriſtare, et charitatem amittere circa „ prioris matrimonii liberos reiterantem vota.„ *Nouell. 22. C. 43. et 48.*

§. XXVIII.

Differentia XXVIII. ratione priuatæ vindictæ in adulteram exercenda.

§. XXVIII. Vxorem adulteram in ipſa turpitudine deprehenſam occidere marito olim integrum fuit, eamque quam ipſe non ita deprehenderat, conuictam confeſſamue priuato potuit arbitrio punire, imo etiam necare eam, quæ vinum delibaſſet, quia proximus ad impudicitiam gradus temulentia eſt; poſtea tamen vti poteſtas adulteria priuatim puniendi marito ademta fuit, ac hoc crimen rigidius publice lege Iulia vindicari cœpit; ita quoque mariti ius variis modis et quidem potiſſimum ad hunc eſt reſtricta caſum, ſi eum, quem adulterii cum vxore ſuſpectum habebat, præmiſſa trina denunciatione teſtato facta, vt abſtineret a mulieris conſortio, domi ſuæ vel alibi cum vxore ſua verſantem inueniebat, *auth. ſi quis C. ad l. Iul. de adult.* vel adulterum vilem domi ſuæ, non item in domo ſui ſoceri aut alibi deprehendebat. *l. 24. princ. D. eod.* Vxorem ipſam adulteram nullo caſu, ſiue domi ſuæ, ſiue alibi deprehenſam occidendi poteſtatem maritus habebat; ſi vero iuſto dolore tactus tanto in flagitio deprehenſam nihilominus occiderit, pœna homicidii mitigabatur, *l. 38. §. 8. D. d. t.* nec ordinariam legis Corneliæ pœnam patiebatur. *l. 3. §. 3. D. ad SCtum Silan. & Claudian.* Patri quoque in filiamfamilias adulteram ſtatuere conceſſum erat, vt conſtat ex *l. 20. D. ad L. Iul. de adult. l. 23. princip. & §. 1. eod. l. 22. §. 2. l. 23. §. 2. d. t.* Diuerſum iura diſponunt de ſponſo, qui ſponſam ſuam cum alia perſona concumbentem, impune vel vt a pœna ordinaria legis Cornel. excipiatur, occidere nequit, licet cum vili perſona in propria domo ipſoque in reatu eam deprehendat, et in continenti illud perficiat. *l. 24. princ. ad L. Iul. de adul. arg. l. 43. §. 3. l. 7. D. l. 22. l. 23. §. 1. d. t.* WOLFGANG ADAM LAVTERBACH *in diſp. de ira eiusdemque*

in

in iure effectibus thes. 62. & 63. Etenim (1) in hoc loco vxoris appellatio exemplo verbi *patris* (quod tam ſtricte accipitur, vt neque auus neque alii vlteriores aſcendentes hoc gaudeant iure, ſiue neptem ſolum, ſiue cum nepte patrem eius intermedium in poteſtate habeant) ſtricte eſt intelligenda, vt ſponſam excludat. Praeterea (2) praedictae leges ſaltem de *adulterio* loquuntur. In ſponſa vero non *adulterium* proprie dictum, ſed magis ſtuprum committitur.

§. XXIX. Inde noua differentia naſcitur paulo plenius enucleanda, de qua ex profeſſo agit CARPZOV. *pr. crim. qu. 56.* Videlicet admodum probabile eſt, de iure ciuili tantum in nuptam, non vero etiam in ſponſam adulterium proprie dictum admiſſum fuiſſe. "Nondum enim haec materfamilias, vt recte philoſophatur IOANNES VOETIVS ad "tit. D. ad L. Iul. de adult. nondum cum hac matrimonium, "adeoque nec dum thori alieni ſeu matrimonii intelligi poteſt violatio, imo nec ſpes matrimonii ipſum eſt matrimonium, nec id quod adhuc in pendente eſt, perinde, ac "ſi iam eſſet, habendum, praeſertim cum adeo fuerit debile iure ciuili ſponſaliorum vinculum, vt facillime ac prope impune vnius voluntate diſſolui potuerit inuito altero.,, Iniquiſſimum ſane foret in poenalibus extenſionem adulterii, in matremfamilias committendi, ſine ſpeciali lege ad *ſponſam* porrigere, quae non eſt materfamilias. Inde quaeſtio fuit mota in *l. 11. §. 7. D. ad L. Iul. de adult.*, *an iure mariti vir accuſare poſſit eam foeminam, quae cum ei deſponſata fuerit, alii in matrimonium a patre fuiſſet tradita?* Reſpondet ICtus: *nouam rem inſtituere huiusmodi accuſatorem exiſtimo, qui adulterii crimen obiicere deſiderat propter hoc tantum,*

Differentia XXIX. ratione adulterii.

tum, quod prior sibi desponsata puella a patre alii in matrimonio fuerit tradita. Si *vxoris* loco sponsa fuisset, non potuisset non esse adulterium cum ea, si alteri nuberet, vti adulterium committitur, si vera vxor alterum priori superinducat virum. Nec admitto effugium, quod sponsalia priora fuerint parentis auctoritate dissoluta secundum ius patri ex lege Romana competens; nam licet hoc patri permissum fuerit manente in potestate filia *l. 2. §. vlt. de diuort. et repud. l. 10. D. de sponsal.* tale tamen quid dicta in lege interuenisse nulla legis patet parte. Porro sponsum, matrimonii violantem spem, non iure *viri* a suo sponso quasi *marito*, sed quasi sponsum accusari posse, constat ex *l. 13. §. 8. D. ad L. Iul. de adult.* Nec aduersatur, quod in ea lege casus definiatur singularis, quo puella ante duodecimum ducta annum, ante iustam ab alio corrupta erat ætatem, quodque non pateat, eam fuisse desponsatam; nam eam fuisse desponsatam nec in annis 12. minore aliud quam in maiore obtinuisse, ex eo apparet, quod casus ille ad SEVERI, iubentis generaliter etiam hoc crimen in sponsa vindicandum esse, rescriptum pertinere dicatur *in d. l. 13. §. 3.* et quamuis in *cit. l. 13.* adulterii a sponsa commissi fiat mentio, constat tamen lege Iulia stuprum et adulterium promiscue acceptum fuisse. *l. 6. §. 1. ad L. Iul. de adult.* Nec in contrarium rursus facit *l. 7. C. d. t.* illic enim non asseritur adulterium commissum cum sponsa fuisse, neque de accusatione ex L. Iulia in vniuersum sermo est, sed potius cum violata per vim esset sponsa (quod in *d. l. 7.* præsupponitur, dum dicitur: *ipsam mulierem suam prosequi iniuriam*, quæ inuitæ tantum non volenti fit *l. 1. D. de iniur.*) maritus dicitur hoc crimen *exercere iure mariti*, non quod suæ sponsæ violatorem *adulterii* accuset, cum illum iure viri id facere posse *d. l. 13.*

l. 13. §. 8. D. ad L. Iul. de adult. aperte negatur, ſed magis, quod *iniuriarum* cum eo experiatur actione (vti ipſa quoque ſuas iniurias proſequi aduerſus talem dicebatur) et quidem *iure mariti*, dum quantum ad iniuriarum attinet actionem, *mariti* et *vxoris* iure *ſponſus* ac *ſponſa* cenſentur. *l. 18. §. pen. & vlt. D. de iniur. l. 15. §. 24. eod.* Denique minime obſtat, quod hoc crimen in ſponſa capite vindicandum; licet enim non negandum ſit, ob concurrentem fidei per ſponſalia interpoſitæ et ſpei matrimonii violationem ſtuprum in ſponſam admiſſum eius ſimplicis modum egredi, et ita pœnam ſtupri exaſperandam eſſe, non tamen inde gladii pœna eſt ſtatuenda, quod *l. 30. §. 1. C. ad L. Iul. de adult.* et *§. 4. I. de publ. iudic.* innuere videntur, cum in eiusmodi textibus *nuptiarum* ſeu *matrimonii* potius quam *ſponſaliorum* fiat mentio. *Petr. Heig. qu. 28. n. 40.*

§. XXX. Ius ciuile donationem inter coniuges reprobat, nec inter eos vult ratam eſſe *t. t. D. et C. de donat. int. vir. et vx.* Rationes prohibitionis potiſſimæ ſunt auctore VLPIANO *in l. 1. D. eod.* dicente: *moribus apud nos* (Romanos) *receptum eſt, ne inter virum donationes valerent. Hoc autem receptum* (1) *ne mutuo amore inuicem ſpoliarentur donationibus non temperantes, ſed profuſa erga ſe facilitate,* (2) *nec eſſet* (vt pergit PAVL. *in l. 2. eod.*) *eis ſtudium liberos educandi.* SEXTVS CAECILIVS et illam (3) cauſam adiicebat, *quia ſæpe futurum eſſet, vt diſcuterentur matrimonia, ſi non donaret is qui poſſet, atque ea ratione euenturum,* (4) *vt venalitia eſſent matrimonia.* Hinc et Imp. ANTONIVS AVGVSTVS ait: "maiores noſtri inter virum et vxorem donationes prohibuerunt, "amorem honeſtum ſolis animis æſtimantes, famæ etiam con-

Differentia XXX. ratione donationis.

"iunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari vi-
"deretur, neue melior in paupertatem incideret, deterior di-
"tior foret l. 3. D. d. t." His effectum rationibus, vt donatio inter coniuges nec directe, nec indirecte fieri posset, vtque adeo inter ipsos non tantum coniuges, sed etiam inter socerum et generum, inter socrum et nurum consocerosque inuicem, qui coniuges in potestate habent, inter fratrem aliumue in eiusdem patris potestate constitutum et vxorem prohibita sit. *l. 3. §. 1. seqq. l. 26. 32. §. 16. D. d. t. l. 3. 4. 5. C. eod.* inter sponsos sponsasque vero donationes subsistunt *l. 1. C. de don. ant. nupt.* licet minor annis 12. cum sponsalia praecessissent, coeperit in domo mariti nuptae loco esse ante aetatem, cum eo casu sponsalia adhuc durent. *l. 32. §. pen. D. de don. int. vir. et vx. iunct. l. 9. de sponsal.*

Vltima differentia ratione tutela.

§. XXXI. Denique nec haec praetermittenda differentia, quod mater tutrix per matrimonium postea contractum tutelam amittat, *auth. mariti et auiae C. qu. mul. tut. offic. fungi poss.* HAHN. *de tut. mat. th.* 63. adeo vt ne quidem recuperet amissam, si mox rursus fuerit facta vidua. Solis sponsalibus hic effectus tribui nequit, quippe quibus haud contractum est matrimonium, quod leges desiderant. Equidem distinguunt hic rursus inter sponsalia de praesenti et de futuro. Illa sufficere ad amissionem tutelae aiunt; vid. BERLICH. *p. 3. decis. 373. n. 10.* MONTAN. *de tut. h. t. c. 15. n. 78.* non aeque haec, quod ab his recedere facilius possit sponsa, non ab illis. MENOCH. de *A. I. Q. lib. 2. art. 2. cas. 151. n. 7.* Sed haec quidem distinctio, prout supra monui, ad ius ciuile non pertinet, quo omnia sponsalia tantum sunt de futuro, adeoque *simpliciter* haec differentia est admittenda. Vnde quoque hypotheca tacita,

cita, quæ liberis prioris matrimonii in bona vitrici data est in *l. 6. C. in quib. cauſ. pign.* vel *hyp. tac. contrab.* trahi nequit ad bona eius, qui cum matre liberorum tutrice ſola contraxit ſponſalia, in quo nouum deprehenditur diſcrimen, quod per ſe ſatis manifeſtum eſt.

CAP. II.
DE
DIVERSO IVRE SPONSALIORVM AC MATRIMONII CANONICO.

ARGVMENTVM.

§. I. Principia iuris Canonici in doctrina ſponſalium et matrimonii. §. II. Vtriusque diſcrimina ratione conſtitutionis, §. III. transactionis, §. IV. delationis iuramenti, §. V. conſenſus paterni, §. VI. probandi impedimenti ſponſalium et matrimonii, §. VII. ratione vinculi, §. VIII. et modi ea diſſoluendi mutuo diſſenſu, §. IX. vel etiam vnius diſſenſu §. X. §. XI. ratione cauſarum repudii et diuortii. §. XII. Sponſalia in gradu probibito contracta facilius diſſoluuntur, quam matrimonium, §. XIII. nec non ob cauſas ſuperuenientes, §. XIV. vel ob mutatam religionem, §. XV. vel ob ingreſſum in monaſterium. §. XVI. Maior vis poſterioris matrimonii in ſoluendis prioribus ſponſalibus quam poſteriorum ſponſalium. §. XVII. Sola ſponſalia ſoluuntur deficiente conditione., §. XVIII. vel ob abſentiam ſponſi, §. XIX. vel ob ingens infortunium §. XX. vel propter de-

desponsatorum crimina, §. XXI. ob superuenientem affinitatem, §. XXII. ob struprum violentum sponsæ illatum, §. XXIII. ob inimicitias capitales, §. XXIV. ob morbum contagiosum §. XXV. ob supervenientem impotentiam §. XXVI. ob supervenientem furorem, §. XXVII. ob notabilem deformitatem §. XXVIII. Per nuptias amittitur beneficium non per sponsalia. §. XXIX. An sponsalia et matrimonium per vim iniustam fiant nulla? §. XXX. Discrimen sponsalium de præsenti a matrimonio.

§. I.

Conuenientia iuris ciuilis et canonici in hac materia.

Postquam præcedente capite diuersa *sponsaliorum* ac *matrimonii* iura ex iure ciuili Romano depromta et explicata, nunc quantum inter se iure *canonico* differant, exponamus. Hoc easdem fere differentias, quas ius ciuile tradit, in sponsalibus *de futuro*, quæ tantum ius ciuile agnoscit, et vera duntaxat sunt sponsalia, obseruat, vt (1) consensus sit vel sponsalitius vel matrimonialis; *c. 2. & 14. c. 38. C. 27. q. 2. & c. 30. c. 17. C. 27. q. 5.* (2) vt impuberibus, *c. 1. C. 30. q. 2. c. 4. & seqq. X. de sponsal. impub.* absentibus, *c. vn. de desponsat. impub. in 6. in fin.* viduis intra annum luctus *c. pen. & f. de sec. nupt.* sponsalia permittantur; (3) vt sponsa ante consummationem matrimonii pleno iure mariti non gaudeat; *c. 39. C. 27. q. 2.* (4) maritus habeat potestatem in vxorem; *c. 10. C. 33. q. 2.* (5) vxor teneatur concubitum pati, non vero sponsa; *c. 2. & 6. C. 32. q. 2. c. 1. & 3. C. 30. q. 5. c. 30. C. 3. q. 1. c. vlt. X. de clandest. despons.* (6) maritum sequi adstringatur; *c. 3. C. 13. q. 2. c. 1. X. de coniug. lepros.* (7) Vt alia sit actio, quæ ex sponsalibus, alia,

lia, quae ex nuptiis; *c. 3. C. 30. q. 1. c. 13. X. de restit. spoliat. c. 24. X. de iureiur. c. 1. X. de sponsal. c. 6. X. de adult.* (8) vt sponsalibus conditiones et modi adiici possint; *tot. tit. X. de condit. apposit. c. 50. X. de R. I.* nuptiae vero omnem respuant modum, conditionem; (9) diuersae sint poenae binorum sponsaliorum *c. 2. X. de spons. duor. c. 4. eod. c. 4. X. qui filii sint legitimi*, et nuptiarum *c. 4. X. de bigam. non ordinand. c. 4. X. de excessib. praelat. c. 6. X. de adult.* (10) vt donationes inter virum et vxorem non subsistant *c. 8. X. de donat. int. vir. et vxor. etc.* Specialia praeterea addit ius *canonicum*, tum quia ad ius *diuinum* simul respicit, tum quia praesupponit, in matrimonio esse *sacramentum*, dum denique, quia nouum sponsalium genus excogitauit, de *praesenti*, quod *ipsum matrimonium* esse asserit. Negari tamen nequit in his tribus nouis obseruationibus peccatum fuisse. Ius diuinum saepe *peruerse* allegatum, et inde ius ciuile male correctum esse, patet ex doctrina de matrimonio intra annum luctus licite contrahendo de iure canonico. Audiamus philosophiam INNOCENTII III. *in cap. vlt. X. de secund. nupt.* aientis: „cum secundum Apostolum mulier „mortuo viro suo ab eius lege sit soluta, et nubendi, cui „vult tantum in Domino liberam habeat facultatem, non „debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae licet post „viri obitum intra tempus luctus (scilicet vnius anni spatium) nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo vtitur potestate, cum in his praesertim seculares leges non dedignentur sacros canones imitari." Eodem fere modo ratiocinatur VRBANVS III. *in cap. 4. X. eod. quod cum Apostolus dicat:* "mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui, „in domino nubat, cui voluerit, per licentiam et auctori-

„tatem Apoſtoli; eius infamia aboletur". Sed ex iure divino, in quo ſe fundat ius canonicum, nullum paratum ei eſt ſubſidium. Siniſtre verba Apoſtoli *1. Cor. 7. v. 39.* adducuntur, demonſtrante GERHARDO *in loco de coniug.* §. *199.* cum Apoſtolus haud aſſerat: *nubat*, *quando velit*, ſed potius: *nubat*, *cui velit in domino*, adeoque velit, vt nouum licite in vero Dei timore contrahatur matrimonium, neque quicquam contra gratam DEO honeſtatem et hominibus probatam ſuſcipiatur, nuptias vero intra annum luctus a vidua contractas leuitatem, procacitatem, ac libidinis intemperiem arguentes, multum aduerſari honeſtati, vlteriori non indiget probatione. Vid. latius hac de re GERHARD. *l. c.* Alterum quod de *ſacramento* in matrimonio latitante adfertur, itidem erroneum eſſe, ſatis eſt euictum a *noſtratibus*, quorum rationes non conglomerabo. Denique quid de nouo ſponſalium *de præſenti* genere habendum, quantasque confuſiones inter proteſtantes quoque peperit, iam ſupra in prolegomenis oſtenſum declaratumque eſt.

Differentia prima ratione conſtitutionis.

§. II. Videamus ergo ſpecialius diſcrimina iuris canonici. Sponſalia differunt a matrimonio ipſo iure canonico ratione *conſtitutionis;* ſponſalia enim in conſenſu ſponſalitio ſeu pactione et promiſſione de futuro coniugio ſubſiſtunt, prout conſtat ex *c. 3. C. 30. q. 5.* vbi NICOLAVS ad ſponſalia prorſus nihil, *niſi nuda futurarum nuptiarum promiſſa*, conſenſu contrahentium, parentum, ac pro re nata propinquorum inita, deſiderat, quod etiam ex *c. 2. X. de ſponſal.* liquet. Nuptiæ vero ad ſui perfectionem requirunt conſenſum matrimonialem, et præterea quædam ſolennia, vt banna ſiue trinundinas nuptiarum promulgationes et benedictionem ſacerdotalem,

lem. Poſtquam enim ſolennis illa deductio ſponſæ in domum ſponſi tanquam mos ethnicus ſub chriſtianis imperatoribus non adeo frequentari et nuptiæ citra eiusmodi ſolennitatem ratæ haberi cœperunt, modo conſenſus et conſortium coniugale inter perſonas cohabitantes fuiſſe, amicorum fide probari poterat, vti reſcribunt Imperatores HONORIVS et THEODOSIVS in *L. 22. C. de nupt.* exinde vero multa inordinata contra rationem eccleſiæ chriſtianæ, quæ omnia ordine et decenter fieri debere poſtulat, contingerent, veteres patres eccleſiæ, antequam matrimonium inter ſacramenta fœderis noui a pontificibus collocatum, hos ritus contrahendarum nuptiarum paulatim in eccleſia introduxerunt. Euariſtus quidem pontifex huius benedicendi nuptiis ritus iam meminit in *c. 1. C. 30. q. 5.* ſcribens Epiſcopis Africæ: "non aliter legitimum ſit „coniugium, niſi ſuo tempore ſacerdotaliter, vt mos eſt, „cum precibus et oblationibus a ſacerdote vxor benedicatur. „Item, ita peracta legitima ſcitote eſſe connubia, aliter vero „præſumta, non coniugia ſed adulteria vel contubernia vel „ſtupra aut fornicationes, potius quam legitima coniugia eſ„ſe non dubitato." Verum ex quisquiliis Iſidori hæc eſſe hauſta, eruditis notum eſt. Proclamationis vſus vtique vetuſtior ipſa benedictione, teſte TERTVLLIANO, quam demum lege certa in oriente præſcripſit LEO philoſophus. In occidente tandem itidem inualuit, maxime ex more Romanæ eccleſiæ. Hac de cauſa INNOCENTIVS III. in *c. 4. in princ. de cland. deſp.* requirit ac præcipit, vt matrimonia, priusquam contracta fuerint, in eccleſia per presbyteros publice proponantur, et Arelatenſe concilium (vti refert GRATIANVS *in c. 6. C. 30. q. 5.*) omnibus iniungit, quod ſine publicis nuptiis nemo nubere aut vxorem ducere præſumat. conf. BORN. *de tribus bann.*

bann. eod. HILDEBRAND. *de nupt. vet. christ.* Quamuis ergo ſponſalia de præſenti quoque ipſum matrimonium eſſe velit, vel ex adductis tamen liquet, adhuc diſcrimen inter ea et matrimonium plene contractum eſſe, et tantum vim matrimonii illis tribui, quoad *vinculi indiſſolubilitatem*, et quæ inde ſequuntur, in reliquis autem adhuc plurimas ſupereſſe differentias. Addo et hoc, ius canonicum ad hunc effectum, vt matrimonium habeat plenum ſignificatum ſacramenti, adhuc requirere copulam carnalem *c. 16. 17. 18. 36. c. 27. q. 2. C. 30. X. de deſponſ. c. 8. X. de deſponſ. impub.* aut ſaltem tranſitionem ſponſæ in domum ſponſi et præbitionem corporis ſui, etſi actu ipſo cum eo non incumbat *c. 3. C. 5. c. 6. c. 9. c. 11. c. 14. c. 15. c. 31. c. 35. C. 27. q. 2. et c. 11. C. 32. q. 2. c. vlt. X. de coniug. leproſ.* vbi dicitur, quod ante traductionem mulieris matrimonium non ſit conſummatum (i. e. perfectum), quamdiu itaque promiſſioni matrimonii, vtut verbis de præſenti factæ, neque carnalis copula, neque deductio ſponſæ, neque copula ſacerdotalis acceſſit, tamdiu matrimonium quoad omnes ſuos effectus adhuc deficit, et ſponſalia, vti dicuntur, ita adhuc ſunt et manent. Perfectio enim prima matrimonii, a qua denominatur, non conſiſtit in qualicunque verbali promiſſione de matrimonio ineundo, vtut pure et ſine vlla conditione facta, ſed in conſenſu, facto ipſo coniunctionis corporum ordinarie declarato, vt ſi deſponſata tranſit in domum ſponſi, vel ſi deſponſati in perſona coram ſacerdote comparent, et coniuges ſe fore coram eccleſiæ facie ſolenniter declarant.

(1.) ratione tranſactionis. §. III. Multum quoque ſponſalia et nuptiæ differunt ratione vinculi. Sic iure canonico non valet tranſactio contra

contra matrimonium, seu quæ ad eius dissolutionem tendit. *c. fin. X. de transact.* Ratio est matrimonii indissolubilitas, quæ non est priuati arbitrii, vnde et pro conseruatione matrimonii valida est. *c. 2. X. de cland. desp.* GAIL. *lib. 2. obs. 94. n. 114.* MEVIVS *p. 25. dec. 210. n. 4.* HEIG. *lib. 2. q. 16. n. 1. seqq.* Contra sponsalia de futuro tamen transactio locum habet indistincte, dum transactio contra matrimonium facta non dici potest, in quo matrimonii vinculum nondum adest indissolubile. *arg. l. fin. C. de transact.* HEIG. *l. c. n. 8. seqq.* Diuersam causam constituunt canonistæ in *sponsalibus de præsenti*, quippe quæ quoad indissolubilitatem vinculi cum matrimonio conueniunt, adeoque non admittunt transactionem contra illa. Quod quidem et nostrates quoque imprudenter amplectuntur, non sufficienter examinantes, vtrum etiam eiusmodi sponsalia de præsenti, quæ pontificii fingunt, habeamus. Sunt nobis sponsalia de præsenti, sed in diuerso plane a doctrina pontificiorum significatu, vti Dn. PRAESES in *iure eccles. protest. lib. 2. tit. 24. de iureiur. §. 60. et 62.* demonstrat, adeo vt nostra sponsalia de præsenti sint illa ipsa, quæ pontificii vocant de futuro, prout in prolegom. iam dixi.

§. IV. Super sponsalibus etiam pure contractis de futuro, (quæ nobis *de præsenti* vulgo dicuntur) dubiis conseruandis, consummandis et dissoluendis, vt et super exceptionibus scilicet dolosæ persuasionis metus etc. obiectis (nisi tertio inde præiudicium possit enasci, si scilicet pro sponsalibus sit) imo quando de impraegnatione et promissione simul agitur, reo et reæ, vt et quibusdam in casibus parentibus iuramentum deferri potest. Non vero super matrimonio, de cuius vinculo constat, dissoluendo, licet pro (III) *ratione delationis iuramenti.*

conferuando admittatur, vt Dn. PRAESES in *iur. eccleſ. proteſt. lib. 2. tit. 24. §. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67.* vberius erudite ac dilucide ſatis pertractat.

(IV.) ratione conſenſus paterni.

§. V. Sponſalia de futuro ſine conſenſu parentum contracta, ſunt inualida et nulla, imo etſi iuramento confirmata, per textum expreſſum in *c. 19. C. 22. q. 4.* Hoc enim iuramentum eſt contra bonos mores, et ideo minime eſt obligatorium *c. 58. de R. I.* nec iuramentum vinculum iniquitatis eſſe debet. *c. 22. C. 22. q. 4. c. 18. X. de iureiur. c. 1. §. quia vero eod. in 6.* imo notum eſt, iuramentum tres habere comites, ſcilicet *veritatem*, *iudicium et iuſtitiam c. 26. X. de iureiur.* adeoque altero prædictorum comitum deficiente, iuramentum non obligat iurantem. *c. 7. C. 22. q. 1.* Sed in hoc iuramento deeſt comes iuſtitiæ, dum, quod iurauit filius vel filia, non eſt iuſtum nec licitum, cum ſponſalia ſine parentum conſenſu conſiſtere non poſſunt. *c. 1. C. 30. q. 5. c. 13. C. 32. q. 2. c. 3. C. 30. q. 5.* Non obſtat *c. pen. X. de raptor.* Hic enim non quæritur, an ſponſalia reclamantibus parentibus contracta rata et firma ſint, ſed an raptor is dici poſſit, qui eam volentem quidem abduxerit, cum qua tamen antea inuitis parentibus non tantum ſponſalia contraxerat, ſed etiam concubuerat, de quo pontifex conſultus reſpondet, eum neque raptorem dici, cum volentem abduxiſſet, nec matrimonium, vtpote per copulam conſummatum, ob ſolum diſſenſum parentum dirimi poſſe, vt infra ſumus oſtenſuri. Vnde tamen ad ſponſalia non licet argumentari. conf. MOLLER. *libr. I. ſemeſtr. c. 47. n. 15.* Neque aduerſantur *c. 2. C. 27. q. 2. c. 14. c. 23. X. de ſponſal.* loquuntur enim illi textus de caſu, vbi ſponſalia ſine conſenſu parentum inita ſunt copula carnali conſum-

ſummata, ibi iure canonico in honorem et fauorem matrimonii atque ad excludendum fornicationis delictum conſenſus parentum a lege interueniſſe fingitur ac ſuppletur. ECKOLD. *ad D. tit. de nupt.* §. 4. HABERK. *dec. 128.* Matrimonio vero ſine conſenſu parentum contracto et benedictione ſacerdotali conſummato, diſſenſus parentum diſſolutionem non operatur propter expreſſam diſpoſitionem concilii Tridentini, quod eos anathematis fulmine ferit, qui affirmant, irrita eſſe filiorum, filiarumue matrimonia ſine conſenſu parentum, et parentes ea irrita facere poſſe *Seſſ. 24. de reform. matr. c. 1. de clandeſt. matrim.* add. PALLAVICINVS *in hiſtor. concil. Trid. lib. 22. c. 4.* Non obſtat *c. 1. C. 30. q. 5.* vbi fornicatio eſſe dicitur. Reſpondetur (1) hoc vult textus, talia matrimonia non quidem ſimpliciter eſſe inualida, ſed tamen habere contra ſe vehementem præſumtionem iuris, quæ tamen probationem in contrarium admittit; (2) dici poſſunt illicita matrimonia per accidens ob ſcandala et occaſiones peccandi; (3) textus de contubernio poſſet accipi, quoniam concubina quidem dicebatur vxor valide, ſed tamen illicite et clandeſtine ducta *c. 4. c. 5. diſt. 34. conf.* LYNCKER *in annal. ad Deſſel. erotem. iur. can. ad lib. 4. tit. 3. q. 2.*

§. VI. Ad ſponſalia diſſoluenda impedimentumque matrimonium ſufficit vnius teſtis aſſertum; impedimentum enim, ne matrimonium contrahatur, plene probatur vnico teſte, *c. 22. X. de teſtibus et atteſtat. c. 12. X. de ſponſal. et matr.* modo (1) teſtis deponat; ſi enim ſolum denunciat, non impedit matrimonium, niſi de fama etiam probat; *c. 27. X. de deſponſ. impub.* (2) iuret, dum parum creditur non iuranti *c. 8. X. de cohabit. c. 1. X. de conſang. et affin.* (3) cum iuramento aſſerat, ſe certo ſcire impedimentum; de ſolo teſtificans

(V) ratione probationis impedimenti ſponſaliorum et matrimonii.

ficans auditu, non ſemper impedit, quamuis alter teſtis cum eo ſimul absque iuramento de certa deponeret ſcientia; vnde maiorem fidem fama vel vnicus teſtis iurans facit, quam duo teſtes, quorum vnus de auditu cum iuramento deponit, alter vero de certa ſcientia absque iuramento, cum hi duo matrimonium non impediant, quod tamen vnicus teſtis vel fama impedit, cum ille teſtis de certa iurat ſcientia. *Abb. ad c.* 1. *X. de conſang. n.* 2. *et* 3. Sufficit autem teſtis de auditu deponens ad probandam conſanguinitatem, ſi teſtificetur iuxta formam *c.* 47. *X. de teſtib. et atteſt.* (4) non ſit vilis perſona *c.* 27. *X. de ſponſal. et matrim.* niſi factum ita ſit clandeſtinum, vt, niſi per vilem probari perſonam nequeat, quia, vbi deeſt facultas probandi, admittitur probatio alias non integra, *c.* 32. *X. de electione et electi poteſt c.* 27. *X. de ſponſal. et matrim.* Illud tamen non præciſe requiritur; (1) vt teſtis fuerit citatus; ſufficit, ſi per producentem iudici oblatus: *c.* 30. 45. 46. *X. de teſtib. et atteſtat.* ſecus eſt, vbi ſe ipſum ingerit, qui vt ſuſpectus eſt repellendus, *arg. l. vxor.* §. 1. *D. de fal. c.* 27. *X. de ſponſal. et matrim.* (2) vt parte citata et publice deponat *c.* 2. *X. de teſtib. et atteſt.* Sed clam et absque nominis publicatione eum teſtari ſatis eſt, quod hæc cauſa conſcientiam tangat, in qua negliguntur apices iuris. *c.* 12. *X. de ſponſal. et matr.* (3) valet, licet teſtis ſit denunciator vel accuſator, propriamque ſuam allegaret turpitudinem. *c.* 4. *et* 12. *X. de ſponſal. et matrim. c.* 6. *X. de prob. c.* 1. *X. de conſang.* Qua vero circumſpectione et integritate teſtis hic deponere debeat, relinquitur arbitrio iudicis *c. ſuper eo, de conſang.* ibiq; ALEX. de NEVO *n.* 9. aſſerens impedire ſponſalia iurata teſtem integrum et bonæ famæ, ſi iudex attentis circumſtantiis ſibi perſuadeat, verum deponere; quin etiam non ſolum vnius teſtis aſſertum, ſed etiam ad diſſoluenda ſponſalia ſufficit, ſi vterque deſponſatorum fateatur impedimentum, quam-

vis

vis iuramento firmata, quia mutuo consensu facile dissolui possunt, vt infra ostendam; dum vero vterque impedimentum fatetur, satis mutuam resiliendi voluntatem explicat. MENOCH. *de arbitr. I. Q. l. 2. centur. 2. cas. 103. n. 2.* MASCARD. *de probat. concl. 1035. n. 17. 18.* Praeterea quod magis est, fama quandoque impedimenti plene illud probat ad effectum dissoluendi sponsalia de futuro, impediendique, ne matrimonium contrahatur per *c. 2. X. de consang.* Quod etiam admittunt, si vel maxime iuramento sponsalia confirmata sint, quod in *d. c. 2.* casus praesupponatur, quo sponsalia contracta erant *interposita fide*, h. e. iuxta sententiam *glossae verb. fide* iuramento, quae sententia tamen non satis fundata est, cum *fide interposita desponsare* nihil aliud sit, quam certum declarare consensum de futuro matrimonio, vt docet *c. 2. X. de sponsal.* Diuersa omnino est ratio matrimonii ob vinculi indissolubilitatem; ad matrimonium enim legitime contractum dissoluendum, duo testes *circumspecti* et *omni exceptione maiores* desiderantur, quia causa est grauissima, inque ea de magno agitur praeiudicio, *c. 1. x. de consang.* quamuis si agatur de dissoluendo matrimonio ob consanguinitatem, etiam parentes et consanguinei legitimi sint testes, *c. 3. X. qui matrim. accusar. poss.* quod hi praestantius ceteris parentelam nosse praesumantur. Non ergo sufficit fama impedimenti, *c. 4. X. c. 35. q. 6.* quia oportet impedimentum *plene* probari; fama vero vix semiplenam probationem in tali *ardua causa* constituit. Neque satis est confessio impedimenti dirimentis ab vtroque coniuge petente dissolutionem facta; ideo enim in causa matrimonii non statur litigantium confessioni *c. 5. qui cogn. consang.* quia alias in eorum potestate foret matrimonium pro lubitu dissoluendi, *c. 5. qui cognou. cons.* adeoque ne quidem eius ratio habetur, licet etiam fama impedimenti cum illa concurrat, *c. 5. qui cogn. cons.* ne alias hac

ratione diuortiis via pandatur, et coniugibus colludentibus indulgeatur libertas pro lubitu recedendi a coniugio. GONZALEZ *ad cit. c. 5.*

(VI.) *ratione vinculi.*

§. VII. Matrimonio de iure canonico inest *vinculum* prorsus *indissolubile*, non item sponsalibus, et minus difficilis est horum dissolutio quam illius, ita vt leuioribus ex caussis quam istud dissoluatur, quod ius canonicum ex *iure diuino*, vel potius ex conceptu de *sacramento*, hausisse contendit. Equidem ius diuinum in N. T. circa grauissimam caussam matrimonii vinculum indissolubile esse sanxit, et quia hoc est singulare, non extendendum ad sponsalia, quae a matrimonio sunt distincta. Verba enim, quae habentur *Matth. XIX. 5. seqq. et Marc. X. v. 7.* per se indicant, de iis esse sermonem, qui patrem et matrem deseruerunt, qui conglutinati sunt, qui duo facti in vna carne, quae conglutinatio et iunctio in vnum iugum, non congruunt sponsalibus, sed arctiorem respiciunt consociationem, ideo ad eius praeambula h. e. sponsalia, sine expressa Dei voluntate minime non solum extendenda sunt, sed etiam ipsa praecepta de consummato connubio ibi arguunt, extra consummationem secus se habere. Si ius ciuile intueor, liquet, sponsalibus non adeo obligandi inesse vim, *l. 1. C. de sponsal.* sed vnicuique contrahentium pro arbitrio dissentire atque renunciare licuisse. *l. 2. C. de repud. l. 2. §. 3. D. eod. tit.* prout *cap. antec.* iam obseruaui. Ipsum matrimonium quidem *indiuiduam vitae consuetudinem* contineге dicitur, vinculum matrimonii tamen Iure Romano non censebatur indissolubile, vtpote quod communi coniugum consensu solui poterat, *l. 9. C. de repud.* et quamuis postea restricta fuerit libertas diuortiorum, plures tamen admissae caussae sunt, ex quibus et gentilium et Christianorum Imperatorum temporibus vna pars ab altera inuita per diuortium separari

parari poterat *l. 8. C. eod. Nov. 22. c. 15. et Nou. 117. c. 8. 9. et 10.* Ius canonicum vero tantum permisit, vt a sponsalibus de futuro ob plures causas discedere integrum esset; *c. 13. X. de præsumt. c. 2. 10. 15. X. de sponsal. c. 2. X. de spons. duor. c. vlt. X. de clandest. despons. c. 25. X. de iureiur.* non item a matrimonio, quod prorsus indissolubile censetur: *c. vlt. X. de transact. c. 8. X. de diuort.* Generalem regulam hic constituunt: *quoties iusta aliqua ratio suadet, e re ipsorum contrahentium non fore coniunctionem*, veluti quia periculum est forte, ne perpetuum inter eos odium atque diffidium sit, *iudex magis ad dissoluenda sponsalia, quam ad eos matrimonio iungendos propensior esse debet.* Huc videtur collineasse LVCII III. pontificis responsum *in c. 17. X. de spons. quod cum libera debeant esse matrimonia, monenda sponsa sit potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere;* matrimonium autem prorsus indissolubile esse statuit *C. vlt. X. de transact. c. 8. X. de diuort.*

§. VIII. Inde hoc quoque discrimen deductum videtur, quod matrimonium mutuo dissensu dissolui nullo modo possit, bene tamen sponsalia per expressum textum in *c. 2. X. de sponsal.* vbi hæc in verba pontifex scribit: "præterea hi, „qui de matrimonio contrahendo pure et sine omni conditio„ne fidem dederunt, commonendi sunt, et modis omnibus „inducendi, vt præstitam fidem obseruent; si autem se ad in„vicem admittere noluerint, ne forte deterius inde contin„gat, vt talem scilicet ducat, quam odio habet, videtur, „quod ad instar eorum, qui societatem interpositione fidei „contrahunt, et postea eandem sibi remittunt, hoc possit in „patientia tolerari." Nihil enim tam naturale, quam vnumquodque eo modo dissolui, quo colligatum et contractum est,

(VII) quod sponsalia mutuo dissolui possint consensu, non matrimonium.

eſt, *l. 35. D. de R. I.* et omnis res per quaſcunque cauſas naſcitur, per easdem diſſoluitur, *C. 1. de R. I.* ſponſalia autem vtriusque conſenſu et quidem ſolo conſenſu contrahuntur, ergo et rurſus nudo conſenſu diſſolui queunt. Equidem in *d. c. 2. X. de ſponſal.* dicitur, quod *ex patientia tolerari debeat*, vt *a ſponſalibus perfectis diſcedatur mutua vtriusque voluntate;* ex quo colligendum videtur, quod *iure* id fieri non poſſit, quin etiam ſunt, qui dicunt, quod non *ſimpliter* ſed *comparatiue* diſſentiendi facultatem permittat INNOCENT. III. *hoc cap.* quo maius malum euitetur ob expreſſa textus verba, *ne forte deterius inde contingat*, et ſic *permiſſionem* ſed *minus plenam* tantum indigitet, vt hinc mero iure reluctantes ad matrimonii conſummationem etiam compellendi videantur. Verum alii rectius pontificem non tantum talem diſſolutionem tolerare *permittendo*, ſed etiam *approbando* ſtatuunt, quorum in numero GVTIERREZ *tract. de matrim. c. 24. n. 1.* SANCHEZ *de matrim. lib.* 1. *diſp. 51.* § 2. aliique ab his recenſiti. EMAN. GONZALEZ TELLEZ *ad c. 2. X. de ſponſal. n. 7.* verba illa: *ne deterius inde contingat*, ita temperat, quod non debeant accipi *comparatiue* ad malum, quod ſequi poſſet, ſi non daretur diſcedendi licentia, ſed comparatiue potius ad bonum, quod daretur ex celebratione et perfectione matrimonii, quaſi dicat pontifex: *monendi ſunt ſponſi, vt promiſſum adimpleant, quod bonum eſt: ſi autem noluerint, tolerandi ſunt, ne maius malum ſequatur, quam eſt bonum, quod ex nuptiis ſequeretur.* Sed non neceſſe eſt hac ratione comparationem inquiſiuiſſe, ſatis eſt deſponſatos diſcedere ſalua iuſtitia a nexu ſponſalitio poſſe, quod vel ratio a contractu *ſocietatis* deducta ſatis indicat. Vnde etiam dicitur *monendos* eſſe contrahentes ſponſalia, ne illa diſſoluant, non tamen *compellendos*, cum eorum conſenſus ſufficiens ſit ad ea diſſoluenda, nec *admonitio*

monitio coniunctam habeat coactionem vel compulsionem; sed potius *consilium* sit. Hoc etiam obtinet in sponsalibus iuramento vallatis, *c.* 17. *X. de sponsal.* vbi quaeritur, *qua censura mulier compelli debeat, quae iurisiurandi religione neglecta nubere renuit, cui se nupturam interposito iuramento firmauit?* Respondet pontifex LVCIVS III. *quod cum libera debeant esse matrimonia monendam esse potius quam cogendam;* ex quo procul dubio sequitur, quod si ille cui se nupturam iurauit, iuramentum sponsae remittat, liberam discedendi facultatem ei esse. Vnde ob dictum *c.* 17. canonistae communiter concludunt, sponsalia puberum dissolui posse mutuo ipsorum consensu, et alterum alteri obligationem ex desponsatione natam remittere posse; modo libera fiat voluntate, etiamsi iuramento confirmata sint sponsalia SANCHEZ *de sponsal. lib.* 1. *disp.* 52. *n.* 1. *seqq.* BONACINA *Tom.* 1. *tit. de sacram. matrim. q.* 1. *punct.* 10. *n.* 1. GVTIERREZ *Tr. de matrim. cap.* 24. CYPR. *de iur. connub. p.* 1. *c.* 13. *§.* 12. KITZEL. *synops. matrim. c.* 8. *th. vlt. lit. k.* BEVST. *de sponsal. §.* 10. Omne enim iuramentum censetur sub conditione factum, si ille in cuius praestitum fauorem, acceptare velit ac dirigitur in Deum tanquam in testem promissionis homini factae. SANCHEZ *de matrim. disp.* 52. *n.* 6. Iam vero sponsalia iuramento firmata principaliter fiunt in fauorem partis alterius, ergo ab illa remitti potuerunt, et is iuri suo cedere potest.

§. IX. Vnius etiam dissensu i. e. si vna tantum pars dissentiat, altera vero matrimonium semel promissum vrgeat contrahendum, sponsalia, non vero matrimonia, dissolui possunt, si dissentiens sui dissensus iustam causam habet, *c.* 10. *X. de sponsal.* etiamsi iurisiurandi religione confirma- *(VIII) vnius dissensu sponsalia, non matrimonia dissoluuntur.*

ta. *c. 17. X. de sponsal.* vbi illam pontifex subiicit rationem, *cum libera debeant esse matrimonia, monenda potius est sponsa quam cogenda, cum coactiones difficiles exitus frequenter soleant habere.* Si vero quis absque rationabili sufficientique causa ex mera malitia a promissione matrimonii et pactis sponsalibus discedere velit, censura ecclesiastica adigi poterit ad fidem seruandam, vt tamen *absoluta compulsio desit, c. 10. X. de sponsal.* de quo plenius Dn. Praes. diss. *de matrim. coact. c. II.* egit. In matrimonio vtique seruando *absolutam compulsionem* adhiberi posse omnes fatentur.

(IX) ad sponsalia dissoluenda admittuntur causae praecedentes et superuenientes:

§. X. Non tantum vero causae *praecedentes* probabiliter ab altera parte ignoratae admittuntur ad dissoluenda sponsalia; sed etiam *superuenientes*, de quibus statim dicturi, quia (1) paria sunt in iure, aliquid superuenire et praecedere ignoranter; res enim dicitur fieri, quando primum innotescit: *c. 4. X. de except.* (2) quia paria sunt in iure non esse et non apparere *l. 30. D. de testament. tutel. l. 11. D. de contrab. emt.* ergo a contrario sensu paria sunt, esse et apparere, cum ergo post sponsalia vitium appareat, tunc dicitur denuo esse: (3) quia in *l. vlt. C. de spons.* dicitur resilientem a sponsalibus ex *causa praecedenti* ignorata non amittere arrhas, quod secus esset, si resiliendo culpam admitteret. Tandem (4) quia rebus notabiliter mutatis promissio non obligat. *C. 25. X. de iurei.* sed respectu huius sunt res notabiliter mutatae, cum denuo inueniat vitium notabile prorsus ignoratum. Nec aduersatur *d. c. 25. X. de iurei.* quo asseritur propter causas praecedentes non dissolui sponsalia, intelligendum enim est, si ex ignoratae non sint, vt obseruat Glossa *ad d. c. 25. verbo praecedentem.* Sic ob stuprum sponsae praecedens, i. e. si ante spon-

Veluti ob stuprum sponsae antecedens.

ſponſalia contracta fornicata fuerit ſponſa, cui tamen virginitatis amore et opinione ſponſus promiſerit matrimonium, ſponſalia diſſolui poſſunt, *c. 33. C. 27. q. 2.* CORVINI *ius canon. lib. 2. tit. 12. p. 152. n. 6.* non vero, aiunt quidam, ſi iureiurando corroborata *c. 25. X. de iureiur.* cum iurisiurandi eam voluit eſſe vim ius canonicum, vt pacta iurata, quoties ſine diſpendio ſalutis æternæ ſeruari poſſunt, ſeruari debeant: ſed eodem fere loco INNOCENTIVS III. ait, *repudiare poſſe ſponſum ſponſam, etiamſi interpoſito iureiurando nuptias ſpoponderit.* Si poſt ſponſionem illa contra regulam deſponſationis veniens, furtim zonam ſibi ſolui ab illo fuerit paſſa *d. c. 25.* nemo in dubium vocauerit, eam contra legem fidei et pudoris peccare, quæ deuirginata caſtitatem præ ſe ferens integram, volentem ſponſum errare patitur. Præterea pontifex dicit in iureiurando, quo quis ſe adſtringit non deſerturum vxorem, hanc eſſe conditionem, *ſi illa in legem coniugii non peccat*, in ſponſione vero matrimonii tacita hæc ſemper ineſt conditio, *ſi virgo ſit:* igitur vitiata repudiari poteſt, etiamſi iureiurando ei nuptiæ promiſſæ. Itaque periurus non eſt, qui non præſtat, quod verbis promiſit, cum ei non præſtatur, quod ſtipulatus fuit, nec violator eſt fidei, qui erroneam non ſeruat fidem. Recte Paulus in *l. fin. D. qui ſatisdare coguntur l. vlt. D. ad municipal.* ait: *qui iuratus promiſit iudicio ſiſti, non videtur peieraſſe; ſi ex conceſſa cauſa deſeruit,* ille vero probatam habet cauſam renunciandi ſponſioni, qui nolit ſtupratam ab alio ducere, cum lenocinii accuſetur et factus iniuſtus dicatur, qui adulteram in domo retinet vxorem, *l. 2. §. 2. l. 29. D. ad L. Iul. de adult. c. 1. D. 32. q. 1.* et turpius eiicitur, quam non admittitur hoſpes. Matrimonium vero ob præcedens ante ſponſalia vel nuptias ſtuprum non rumpi iure

canonico, i. e. marito a se dimittere non licere vxorem ante nuptias vitiatam et pro virgine ac intemerata ductam, multi sibi persuaserunt, cum pontifex INNOCENTIVS III. cum GRATIANO *c. 1. C. 29. q. 1. in fin.* verbis expressis concludat, sponsam vitiatam pro virgine ductam esse retinendam, *qui ducit*, inquiens, *in vxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere.* Sed id non quidem est sanctio canonica, sed assertio GRATIANI. Imo etiamsi in iure canon. fundatum foret, quod tamen adhuc dubium, merito tamen repudiandum, præsertim cum vnice et ex supposito principio erroneo de *sacramento* fluat.

an ob stuprum & vitam libidinosam sponsi?

§. XI. Sponsa errans circa castitatem sponsi a sponsalibus etiam recedere potest, si sponsum ante sponsalia stuprum commisisse percepit, probatque. STRYK *ad Brunnem. ius eccles. lib. 2. c. 17. §. 25.* Equidem nonnulli negant, erranti sponsæ hac in re succurrendum esse, id tantum concedentes, si mores eius reperiantur admodum vitiosi et ille libidinosus sæpius lupanaria frequentauerit, vel meretriciam cum quadam muliere duxerit vitam. Plurimi vero simpliciter hoc negant, libidini hic vela pandentes, ea ducti ratione, quod non requiratur æqualis castitas in masculis ac puellis, nec puellæ quicquam decedat per concubitum masculi. Verum in iure canonico æquum esse dicitur, vt qui intactam sponsam quærit, ipse quoque intactus sit, et qui puram expetit, ipse quoque purus sit. Diserte in *c. 2. C. 32. q. 6.* AVGVSTINVS ait: „ si ducturi estis vxores, seruate vos vxo„ribus vestris, quales vultis eas inuenire, tales et ipse in„ueniant vos, quis iuuenis est, qui non castam ducere ve„lit vxorem? et si accepturus sis virginem, quis non

„ in-

„intactam desideret? intactam quaeris? intactus esto: „puram quaereris? noli esse impurus; non enim illa potest, tu non potes". Et ipse VLPIANVS ICtus ethnicus periniquum esse censuit, vt pudicitiam ab vxore exigat, quam ipse non exhibet; quapropter LEO et ANTHEMIVS statuerunt, sine arrharum dispendio propter impudicam sponsi conuersationem nuncium a sponsa remitti posse, *l. 5. C. de sponsal.* Verum vt a matrimonio iam contracto vxori hac de causa recedere integrum sit, nemo forsan dixerit.

§. XII. Sponsalia, siue scienter, siue per errorem iuris aut facti in gradibus iure humano prohibitis contracta dissoluuntur; *c. 1. 2. 5. et 6. X. de consang. et affin.* non vero matrimonium contractum ac per benedictionem sacerdotalem insecutamque commixtionem consummatum ab ignaris consanguinitatis, quam postea primum resciuerunt, si cohabitare velint. *Clem. vn.* in verbo *scienter de consang.* FELIN. *in c. examinata X. de iudic. et c. 4. X. de consang. et affin.* quia multa ab initio facilius impediuntur, quam si facta fuerint, rescinduntur, *c. 25. X. de iureiur.* et scandalum insigne, ob quod matrimonium non rumpitur in sponsalibus plane deficit, deficiente vero ratione alicuius iuris, ipsum ius deficit. *c. 60. X. de appellat.* Facile quoque de matrimonio contrahendo quidem potest dispensari, non autem de matrimonio iam contracto iterum dissoluendo, dum nemo regulariter potest dissoluere matrimonium copula consummatum, *c. 7. X. de conuers. coniug.* maxime de iure canonico, quo per cohabitationem mysterium sacramenti est perfectum, quod facit matrimonium indissolubile.

(X) *facilius sponsalia dissoluuntur in gradibus prohibitis contracta quam matrimonia.*

§. XIII.

(XI) facilius sponsalia dissoluuntur ob causas superuenientes quam matrimonium.

§. XIII. Sponsalia dissoluuntur ob *causas superuenientes*, i. e. quoties post ea contracta aliquod notabile aut eiusmodi incommodum vel noua causa superuenit, quæ a principio existens ea contrahi impediret, et ante præuisa alterum a sponsalibus deterruisset, toties locus est dissolutioni, quia promissio non obligat vltra promittentis intentionem; intentio autem promittentium fuit, se non obligare in hoc casu indissolubiliter. 2) quia rebus notabiliter mutatis promissio non obligare videtur. *c. 25. X. de iureiur.* Sponsalia vtique maiorem requirunt libertatem, quam ceteræ promissiones, cum ad mutuum ordinentur amorem et ad vinculum matrimonii consummati omnino indissolubile contrahendum, quod in voto ceterisque contractibus minime contingit; imo hoc adeo verum est, vt etiam eo vsque extendatur, quamuis sponsalia iuramento stabilita sint, quia iuramentum includit omnes conditiones contractus, cui adiicitur, *l. fin. C. de non num. pecun.* et semper iuramentum intelligitur, rebus sic stantibus *c. 25. X. de iureiur.* quamuis noua causa superueniens vel aliæ ad dissoluenda sponsalia sufficienter contingat, postquam sponsus in mora, ea implendi, fuit, vbi tamen damnum, quod ex ea mora in sponsam redundauit, resarcire tenetur P. MOLIN. *tom. 2. de iust. tr. 2. disp. 272. §. sunt vero nonnulla.* Matrimonium vero non indistincte dissoluitur ob subsequentes causas, adeo vt ne quidem adulterium de iure canonico matrimonium quoad vinculum tollat, sed tantum operetur separationem quoad thorum et mensam.

(XI) sponsalia dissoluuntur ob mutationem religionis.

§. XIV. Sic sponsalia dissoluuntur, si sponsus sponsave post ea contracta a Christiana ad Iudaicam, Turcicam aut ethnicam religionem aut ad hæresin deficiat *l. 16. C. de episc.*

aud.

aud. l. 5. C. de sponsal. arg. c. 6. et 8. C. 28. q. 1. vnde non immerito publica lege prohibuerunt Imperatores VALENTINIANVS, THEODOSIVS et ARCADIVS, sancientes, ne Christianam mulierem in matrimonium Iudæus accipiat, neque Iudææ Christianus coniugium sortiatur; nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, *adulterii* vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata. *l. 6. C. de iud. et cœlib.* Si enim ob periculum mali exitus, quod verisimiliter præuideri potest, dissoluenda sunt sponsalia, *c. 17. X. de sponsal.* id certe magis hoc casu obtinet, vbi maximum subest periculum tam partibus, ne scilicet fidelis ab infideli seducatur, quam liberis ex hoc matrimonio nascendis animæ imminet periculum, ex quo perpetuis conscientiæ scrupulis postea angeretur sponsus. Vbi dispar fides, vbi diuersus Dei cultus coniugibus est, ibi solet matrimonium vt plurimum rixis et iurgiis scatere, maledictionis spinas producere, viamque ad perpetuam sternere mortem. Nec vllo colore ruptam fidem amorisque inconstantiam obiicere repudianti alteri potest parti, ipsa enim in culpa est, quod res non in eodem manserit statu, quo erat tempore factæ sponsionis; fideli nubere voluit, non infideli. Nec aduersatur Paulus apostolus, cum docet, fideli manendum esse apud infidelem, donec ab eo deseratur. *1. Cor. VII. 13. 14.* loquitur enim ille de *contracto matrimonio*, non de contrahendo. Matrimonii autem vinculum minime per hæresin superuenientem, i. e. si post initum et consummatum matrimonium alterutra pars a fide vera defecit, soluitur nec conceditur ob religionis diuersitatem divortium *c. 2. c. 7. X. de diuort. c. 19. C. 27. q. 2.* et Trident. concil. *Sess. 24. de matrim. c. 5.* Deus enim nunquam præcepit, vt dissoluerentur matrimonia fidelium cum infidelibus,

nis, non item matrimonium,

bus,

bus, nedum cum diuersæ religionis coniuge contracta. Ipse PAVLVS apostolus *in 1. ad Corinth. c. 7. v. 12. 13. 14.* monet, vt fidelis ab infideli, quamdiu hic cohabitare velit, non discedat aut deserat, dicens: „si quis frater „vxorem habet infidelem, et hæc consentit habitare cum il„lo, ne dimittat illam, et si qua mulier habet virum infi„delem, et hic consentit habitare cum illa, non dimittat „virum, sanctificatus enim est maritus incredulus per vxo„rem, et sanctificata est vxor incredula per maritum, alio„quin filii vestri immundi essent, nunc autem sanctificati". Imo licet ab initio, re adhuc integra, i. e. durantibus adhuc sponsalibus, non facile nec simpliciter permitti debeat matrimonium fidelis cum infideli, et ob diuersam superuenientem religionem altera pars inuita ad consummationem sponsaliorum cogi non debeat, nec possit, attamen iam contractum et consummatum matrimonium minime dissoluendum, quia, vt multoties iam diximus, sæpe quæ fieri non debent, si tamen facta fuerint, non rescinduntur *l. 1. §. 1. D. quando appellandum sit et intra quæ tempora l. 7. §. 24. D. de interd. et releg. l. 1. §. 1. D. de fer. l. 13. §. 7. D. de his qui not. infam. l. 9. §. 11. D. de poen. l. 85. §. 1. D. de R. I.* et plura impediunt matrimonium contrahendum, quæ iam contractum non dissoluunt. *l. 8. ibique glossa in verb. retinere D. de his qui sui vel al. iur. sunt.*

Dissoluuntur dubia. Argumenta quorundam canonistarum, quibus probare satagunt, dissoluendum esse matrimonium ob superuenientem defectionem a fide, nostram minime infringunt sententiam; neque enim obstat (1) quod in V. T. lege Mosaica cultus disparitas atque infidelitas matrimonium non solum ab initio, quo minus iniretur, impedierit, sed etiam contractum irritum fecerit. Lex enim ista Mosaica de coniugio cum infidelibus Cananæis non ineundo

eundo, hodie nos Christianos sub N. T. non ligat, quia nec in politia Mosaica coniugia cum quibusuis infidelibus irrita fuerunt; sed saltem cum Cananaeis, Ammonitis ac Moabitis ceterisque populis quos Deus de facie terrae delere constituerat; immo lex illa Mosaica non fuit mere naturalis et moralis, sed *ciuilis* potius et *forensis* cum non ad omnes et quosuis spectauerit populos, quod tamen legis naturalis et moralis proprium est, vt vniuersas gentes omnesque obliget populos, tum etiam rationem non habuit naturalem et moralem, scilicet seductionis fidelis per infidelem, sed forensem quoque et ceremonialem dum Deus non tantum vitandae seductionis, sed distinguendi etiam populi dilecti gratia commixtionem omnem cum infidelibus incircumcisis a Iudaeis vitari voluit, quam rationem posteriorem, quae tamen praecipua et principalis videtur, in Christianis hodie deficere nullum est dubium. Nec (2) infringit, quod Esdra matrimonia Iudaeorum cum Aegyptiis dissoluerit; *Esdra c. IX. v. 10.* nam hi habitabant in terra Canaan, adeoque e numero fuerunt Cananaeorum, cum quibus interdictum erat Iudaeis coniugium. Nec aduersatur (3) quod matrimonium vt *sacramentum* non possit tribui illis personis, quae sacramenta suscipere non valent; nam si vel maxime ex iure canonico hoc supponi debeat, minime tamen inde euincitur facultas discedendi a matrimonio, cum tale matrimonium adhuc dicatur *legitimum*, licet non sit *ratum*. Nec mouet (4) quod inter eos legitimum non consistat matrimonium, inter quos non est indiuidua vitae consuetudo, consortium omnis vitae, diuini et humani iuris communicatio, iuxta definitionem matrimonii. *l. 1. D. de rit. nupt.* et *c. 3. C. 27. q. 2.* In allegatis enim nuptiarum definitionibus indiuidua vitae consuetudo minime *paritatem cul-*

tus inducit, neque in ea, sed in interiori conuictu, inque mutua officiorum coniugalium præstatione consistit. MODESTINVS autem, vt auctor huius legis, per *diuini iuris communicationem* intendit, olim de iure Romano vxorem sacrorum maritalium factam fuisse participem, adeoque quia sacra plebeiorum et patriciorum erant diuersa, inter eos non permittebatur matrimonium, quod perturbatio sacrorum inde esset metuenda, teste LIVIO *lib. IV. c. 1.* quae ratio peculiaris fuit Romanis, nec ad Christianorum coniugia applicari potest, quam ob rationem fortassis IVSTINIANVS sua in definitione *pr. instit. de patr. pot.* verba *l. 1. D. de rit. nupt.* nempe *diuini iuris communicationem* omisit. Nec infringit (5) quod coniuges non possint sub velo sacerdotali benedictionem accipere; nam in casu, quem hic suppono, benedictio sacerdotalis matrimonio iam accessit, quia agitur hic de superueniente mutatione religionis; ne dicam benedictionem sacerdotalem ad matrimonii non requiri substantiam; quia alias ante eam introductum matrimonium in ecclesia non fuisset, et extra eam non esset inter gentes; coniunctas autem ad Deum preces fundere, si quidem coniugum officium, non vero quatenus sunt coniuges, sed quatenus Christiani. Nec obstat (6) quodsi adulterium *proprie dictum* coniugium diuellit, multo magis *spirituale*, nempe infidelitas. Diuersa quippe vtriusque est ratio, adulterium enim ideo coniugium dirimit, quia *fidem coniugalem* violat, tollit, dirimit, et e diametro matrimonii repugnat substantiae; infidelitas autem istam dictam vitae consuetudinem, in qua matrimonii consistit substantia, minime dissoluit. Multo minus (7) impedit, quod Apostolus 2. *Cor. VI. v. 24.* diserte prohibeat, *ne iugum cum infidelibus trahamus*; loquitur enim Apostolus de *coniunctione animorum* cum infidelibus *spirituali*, quae per fidem

dem fit, ne scilicet fidelis eodem impietatis iugo cum fidelibus copulatur, et societatem peccatorum cum iis contrahat.

§. XV. Ingressus in monasterium, quem *conuersionem* dicunt, dissoluit sponsalia, non matrimonium *c. 4. X. qui cler. vel. vouent.* SANCHEZ *de matrimonii Sacramento lib.* I. *Disp. 42.* sicut vota simplicia et iuramentum castitatis, religionisque sponsalia dirimunt, non vero matrimonium *c. 4. et c. 6. qui cler. vel vouent. c. vn. de voto in 6. c. vlt. et c. 4. C. 27. q. 1.* SANCHEZ *lib. 7. Disp.* XI. *Diserte ait pontifex in c. 2.* X. *de conuers. coniug. post consensum legitimum de praesenti licitum est alteri, altero etiam repugnante, eligere monasterium, sicuti sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt; dummodo carnalis commixtio non interuenerit inter eos; et alteri remanenti (si commonitus continentiam seruare noluerit) licitum est ad secunda vota transire: qui cum non fuissent vna caro effecti, satis potest vnus ad Deum transire et alter in seculo remanere.* Putant enim, vota monastica esse perfectiora obligatione sponsalitia, adeoque hanc eis cedere debere. *(XII) Sponsalia dissolvuntur per ingressum in monasterium, non matrimonium*

§. XVI. Generalis et trita illa regula: *qui prior tempore, potior iure*, locum etiam sibi vindicat in sponsalibus, vt contendentibus duobus illi addici debeat sponsa, cui priori desponsata fuit, etiamsi ad posteriora iuramentum accesserit. *c. 31.* X. *de spons. c. 15. et 30.* X. *eod. c. 1. c. 3. c. vlt.* X. *de spons. duor.* Licet enim omne iuramentum, quod absque dispendio salutis seruari potest, seruandum sit; *c. 28.* X. *de iureiur.* iuramentum tamen minime debet esse vinculum iniquitatis, nec in tertii valet praeiudicium. *c. cum contingat. c. non est obligatorium de R. I. in 6.* Imo quamuis matrimonia debeant esse libera, *c. 14. c. 29.* X. *de sponsal. l. 134. D. de V. O. l. 2.* C. *(XIII) Sponsalia priora non soluuntur per posteriora, bene tamen per posterius matrimonium.*

C. de inutil. ſtipul. id quod fieri non videtur, ſi ad priorem redire adigitur, id tamen amplius ſibi locum vindicare nequit, quando tertio ius perfectum eſt quæſitum, et potiſſimum hæc regula obtinet, antequam contrahantur; at libertas in neceſſitatem obſeruandi promiſſa tranſit, poſtquam contracta exemplo aliorum contractuum, *l. 7. §. 3. D. commodati*, quamuis etiam, vt ſupra monitum, ab *abſoluta compulſione* abſtinendum ſit. Poſteriora tamen ſponſalia benedictione ſeu copula ſacerdotali conſummata, ſi cum priori puella vltra verba nihil actum fuerit, præferuntur, dum hæc perfidiam duntaxat, non ereptam ſibi pudicitiam queri poſſit, et iure canonico matrimonium perfectum præferatur futuro, nuptiæ ſponſalibus. *c. 15.* X. *de ſponſal.* et *matrim. c. 1.* X. *de ſponſa duor.* Porro duo vincula iure noſtro dicuntur fortius ligare quam vnum, *auth. itaque C. commun. ſucceſſ.* is vero, qui matrimonium contraxit, duobus ſeſe vinculis vxori ſuæ adſtrinxit, (1) per nuptiarum promiſſionem, (2) per earundem celebrationem, prout ex canoniſtarum philoſophia in hac materia ſupponendum: quid enim in eccleſiis proteſtantium obtineat, cap. ſeq. indicabo. Addunt canoniſtæ, maiorem obligationem minorem tollere, *l. 50. D. de fideiuſſ.* ac minus vinculum aduenieute fortiori, rumpi; GLOSSA *in c. 1.* X. *de ſponſ. duor.* fortius autem vinculum matrimonium quam ſponſalia eſſe, neminem in dubium vocare poſſe, maxime quod iure canonico matrimonio ſacramentum ineſſe credatur. Si autem verbis *de præſenti*, vt ita loquar, priora concepta ſint ſponſalia, aut licet verbis futuri temporis et tamen promiſſi matrimonii ſpe deflorata eſſet prior ſponſa ante contractas cum poſteriori puella nuptias, iure canonico ſoluendum eſt matrimonium cum poſteriori ſponſa, etiamſi in facie eccleſiæ contractum, et benedictio ſacerdotalis aut copula carnalis acceſſe-

acceſſerit, compellendumque eccleſiaſtica diſtrictione adulterum, relicta ſecunda priori adhærere vxori, quia priora ſponſalia tam per verba *de præſenti*, quam per *concubitum* in verum matrimonium tranſire dicuntur: prius autem matrimonium tanquam indiſſolubile præfertur poſteriori, quod hoc iure nullum cenſetur. *c. 31. X. de ſponſal. et matrim. c. 1. 2. 3. et vlt. X. de ſponſ. duor.* Breuiter: matrimonium indiſtincte praefertur nudis ſponſalibus, quamuis puniatur et ad ſatisfactionem laeſo teneatur, qui fidem datam hoc modo rupit.

(XIV) ſponſalia ceſſant deficiente conditione, non item matrimonium.

§. XVII. Sponſalia ſub conditione non improbata inita, ſi illa impleri nequeant, haud obligant, *c. 3. X. de condit. appoſ. c. 5. eod. c. vn. X. de ſponſal. vid.* SANCHEZ *de matrim. part. 1. Diſp. 53. n. 4.* GVTIEREZ. *de matrim. c. 2. n. 6.* KITZEL. *in ſynopſ. matrim. c. 8. theor. 14. ſub tit. 6.* NICOLAI *de diuort. c. 2. n. 158. et n. 160.* matrimonium vero conſummatum minime ob defectum conditionis diſſoluendum, dum is, qui pendente conditione ad conſummationem matrimonii procedit, conditioni tacite renunciaſſe cenſetur *c. 6. X. de condit. appoſ.* et ibi BARBOSA, COVAR. *de ſponſal. Part. I. c. 4. n. 18.* adeo vt ſufficiat, ſi vel maxime tantum ſponſalibus concubitus acceſſerit, qui ſponſalia tranſire facit in matrimonium. *c. 30. X. de ſponſ.* Neque enim matrimonium ſub conditione contrahi poteſt, *c. 3. X. de condit. appoſ.* ſed per concubitum a conditione appoſita receſſiſſe videntur. *c. 6. X. eod.*

(XV.) ſponſalia exſtinguuntur ob diſceſſum ſponſi, non matrimonium.

§. XVIII. Si ſponſus, in eadem degens prouincia, intra biennium nuptias non contraxerit, ſponſalia diſſoluuntur de iure ciuili *l. 2. C. de ſponſal.* vti Imperator CONSTANTINVS et CONSTANS ad Pacationem præt. reſcripſerunt, *ſi is*

qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exequi nuptias, in eadem prouincia degens superſederit, eiusque ſpatii fine decurso, in alterius postea coniunctionem puella peruenerit, nihil fraudis ei ſit, quæ nuptias maturando vota ſua diutius eludi non paſſa eſt. Si autem ſponſus peregrinetur extra provinciam, poſt triennium *l. 2. C. de repud.* et ſi neceſſarias habeat abſentiæ cauſas, v. g. graue aliquod negotium alibi expediendum, valetudinem aduerſam, ſimilesue, poſt quadriennium *l. 17. D. de ſponſal.* ob easdem rationes, nequidem diſtractis repudio ſponſalibus, citra infamiæ notam alia poteſt inire ſponſalia. Idem quoque iure canonico permiſſum eſt, quamuis eo tempora præciſe non ſint determinata, ſed arbitrio iudicis relinquatur, per quod tempus ſponſa ſponſum expectare teneatur. Hoc multo magis obtinet, ſi clam et ignorante ſponſa diſcedit potius, quam peregrinatur ſponſus, quo caſu liberum eſt ſponſæ, modo non a verbis ad facta ſit proceſſum, ad alia ſe transferre vota *c. 5. X. de ſponſ.* Nuptiæ vero minime disrumpi poſſunt ob diuturnam mariti abſentiam, imo licet vltra ſexennium præſtolata eſt virum mulier, expreſſe tamen prohibetur, ne prius ad aliud iſta conuolet matrimonium, antequam certum de morte viri acceperit nuncium *c. 19. X. de ſponſal.*

(XVI) diſſoluuntur ſponſalia ob mala fortuna, non matrimonium

§. XIX. Propter *fortunæ malum* poſt contracta eueniens ſponſalia, i. e. ſi facultatibus et foro cedat ſponſus, ea diſſolui poſſunt: foro enim cedentis nomen *infamia facti* vt plurimum notatur, quamuis non ſemper *iuris*, et bonis ſpoliatus, quæ ſe allaturum in matrimonium vel expreſſe vel tacite promiſit, ſubſidia vitæ neceſſaria amiſit, nec præſtare poteſt amplius alimenta vxori futuræ, ad quæ tamen ipſi tenetur. Imo vix a dolo excuſari poteſt, dum defectum ſuarum

rum facultatum haud ignarus, se vt virginem caperet, forsan locupletem simulauit. Necessitas quidem aliquando foro cedendi mercatoribus obrepere solet; at raro cuiquam ita cito obuenit, quin a sagaci facile prospici possit viro. Cessio vlterius fidem aufert, famamque eius apud graues aggrauat viros, vt iniquum videatur, sponsam, re integra, adigere, vt se sponte in ærumnam præsentem, quam præuidere non potuit, coniiciat. Ceterum damnum particulare, quod totas non euertit opes, neque omnes conturbat rationes famamque saluam esse sinit, iustam non præbet repudio causam secundum quorundam opinionem, aientium, non tam stricte et indiscrete insistendum regulæ, *quod promissio omnis intelligatur: rebus in eodem statu permanentibus; c. 25. X. de iureiur.* sed potius pro regula ponentium, quod affectu non dotibus contrahenda matrimonia, et omni lucro maritalis concordia præferenda sit. *l. 11. C. de diuort. l. 3. D. de don. inter vir. et vxor.* Hoc admitto, si habeat adhuc idonea subsidia, vnde futuram vxorem alere et familiam sustentare possit, imo etiam tunc, si de certis bonis adferendis haud fuerit actum. Secus enim est, si certam summam nummorum sponsus in subsidium matrimonii se collaturum promiserit, quia quasi *sub conditione* contractis sponsalibus eam præstare tenetur, et ne quidem in foro conscientiæ sponsa obligata est ei nubere, *c. 3. X. de condit. appos.* Idem etiam obtinet in sponsa facultatibus lapsa, siue dotem promiserit, siue non, quia quoad primum promissio dotis est veluti *conditio*, vt iam diximus, sub qua sponsalia celebrantur; deficiente ergo conditione, etiam citra puellæ culpam, non obligant sponsalia. Quoad secundum vero, notabilis inde nascitur mutatio, quæ a principio existens sponsalia contrahi impediret, ergo superueniens ea etiam iuxta vulgares regulas dissoluit. *arg.*

c. 25.

c. 25. X. de iureiur. Matrimonium vero non dissoluitur, si post id contractum obaeratus et pauper reperiatur maritus, vel vxor aut dos promissa ab vxoris non soluitur parentibus, dum animis non opibus nititur coniugium et sine dote consistit, neque vnitatem carnis scindit paupertas et coniux omnium infortuniorum et calamitatum alterutri coniugum evenientium particeps redditur, per *l. 72. §. 7. Solut. matrim.* vbi dicitur: *quid enim tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum vel vxorem fieri participem.* Hoc iure canonico eo magis dicendum, quo maius et arctius vinculum matrimonio inest, quam de iure ciuili. *c. 18. C. 32. q. 5.*

(XVII.) *sponsalia matrimonium per crimina tolluntur.*

§. XX. Similiter propter *crimina* sponsalia dissolui possunt, non autem matrimonium. Ceterum loquimur non de iis, quae vitae priuationem secum trahunt, dum poena mortis irrogata non modo sponsalia, sed etiam matrimonium per benedictionem sacerdotalem et copulam carnalem consummatum per se dissoluitur, non tam propter commissum *delictum*, quam ob *supplicium mortis*, quae vti omnia, ita etiam coniugium soluit. *Nou. 22. c. 20.* Sed de iis nobis sermo est, quae poenam corporis afflictiuam, fustigationem aut relegationem, aliamue infamiae operantur; sponsa enim sibi integrae famae sponsum despondit, ergo infami nubere non est cogenda et vice versa, cum bonum nomen vitae comparandum, et ciuilis vita aestimandum sit, quod viro honesto magis in pretio habetur, quam ipsa, quam viuimus, vita. Porro sponsalia ex rationabilibus causis dissolui possunt, *c. 10. X. de sponsal.* inter quas talia crimina non immerito referri possunt. GERHARD. *loc. theol. de coniug. tom. 7. n. 166. p. 249.* CYPRAEVS *de connub. iure c. 13. §. 78.* Deinde sponsalia semper

per ita ſunt interpretanda, ne laedant honeſtatem, aut macula innocentem contaminent, vt quoque in obligatione generali de contrahendo matrimonio ſubintelligitur, niſi quicquam turpe ſuperuenerit. *c. 25. X. de iureiur.* conf. CORVIN. *in aphor. iur. canon. lib. 2. tit. 13. §. 105. ſeqq.* Matrimonium vero ob tale, vt deſcripſimus, crimen, disrumpi non poteſt. *c. 2. X. de diuort.* vbi pontifex ALEXANDER III. ait: *nos ita taliter reſpondemus, quod mulier pro furto vel alio crimine viri ſui ab eo ſeparari non debet.* Huc etiam reſpexit ALEXANDER Imperator *in l. 1. C. de repud.* dum ait: *matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non ſoluitur*, vt et Imperator CONSTANTINVS *in l. 24. C. de don. inter vir. et vxor. ſin aqua et igni interdictum, vel deportatio illata, non tamen mors ex poena ſubſecuta, matrimonium non diſſoluitur.* Similiter IVSTINIANVS in *Nou. 22. c. 13.* ait: *deportatio tamen, in quam migrauit, et antiqua aquae et ignis interdictio, quam aqua et igni interdictionem vocant noſtrae leges, non ſoluit matrimonium.*

§. XXI. Sponſalia ob *ſuperuenientem affinitatem illicitam*, i. e. ſi quis cognouerit conſanguineam ſponſae ſuae de futuro, diſſoluuntur, *c. 2. X. de conſang. et affin. c. 2. X. de eo qui cogn. conſang. vxor. ſuae*, modo concubitus fuerit naturalis et conſummatus, *c. 11. C. 35. q. 2. et 3.* et quidem de iure decretal. ad quartum gradum, ex decreto vero concilii Trident. *Seſſ. 24. de reform. matrim. c. 4.* vsque ad ſecundum gradum. Ratio vero, cur per hunc concubitum illicitum ſponſalia *de futuro* diſſoluantur, haec eſt, quia tantum ſunt *futurarum nuptiarum promiſſio*; ob affinitatem autem ſuperuenientem iſta non poteſt adimpleri promiſſio, dum inter affines matrimonium conſiſtere nequit, *c. 8. X. de conſang.* (XIIX) *Sponſalia ob ſuperuenientem affinitatem, non matrimonium tolluntur.*

et affin. adeo vt iuxta *c. 2. de eo qui cognou. consang. vx. suae* sponsus per concubitum cum matre sponsae etiam inhabilis ad aliud matrimonium reddatur, quod quoque *in c. 1. d. t.* asseritur de eo, qui priuignam, i. e. filiam vxoris suae, quae filiastra vocatur, *d. c. 1. et c. 6. C. 35. q. 1.* cognouit, dum poena incestorum est, vt, quod superest vitae, sine vlla spe coniugii transigant in perpetuo luctu et squalore *c. 8. d. t. et c. 8. C. 35. q. 3.* Excipitur tamen, si quis post sponsalia de futuro cognoscat sponsam, et postea etiam sponsae matrem, quia iam est matrimonium per concubitum contractum cum sponsa, *c. 30. X. de sponsal.* quod dissolui per affinitatem illicitam superuenientem nequit. *c. fin. de eo qui cognou. consang. vxor. suae.* Nec hic excipienda est sponsa sese commiscens cum consanguineis sponsi; vtut enim omnes textus tituli *de eo qui cognou. consang. vxor. suae* de viro cognoscente vxoris consanguineam loquantur, et dispositio adducta extendi non debere ad sponsam videatur, apertum tamen est, eandem hic prorsus adesse rationem et vtrumque frequentissimum. Imo *c. 20. C. 32. q. 7. et c. 5. C. 35. q. 2. et 3.* expresse etiam loquuntur de foemina. Matrimonium vero non rescinditur propter affinitatem ex fornicatione superuenientem, *c. 2. 10. et 11. X. qui cogn. consang. vxor. suae* imo ne quidem quoad thorum, quia alterius coniugis iniquitas alteri innocenti damnosa esse non debet *c. 4. et 10. eod.* Id tamen constitutum est in poenam illicitae huius coniunctionis, vt non possit reus debitum coniugale petere, quamuis vxori exigenti debitum coniugale reddere debeat, *c. 4. et penult. de eo qui cogn. consang. vxor. suae*; neque vnquam vxore mortua aliud contrahere matrimonium possit propter iniuriam, quam matrimonio intulit, *d. c. 1.* quae omnes poenae tantum locum sibi vindicant in sciente, non vero ignorante. *arg. c. 1.*

h. t.

h. t. Exemplum adducitur in *c. 6. C. 30. q. 1.* de eo, qui nesciens dormiuit cum vxoris sorore, sed ignorantia haec iuramento probanda est.

§. XXII. Sponsalia ob *stuprum* plane *violentum*, si sponsus ad retinendam sponsam nullo modo persuaderi possit, a iudice dissoluuntur. *c. 25. ibique glossa verb. oculos X. de iureiur. c. 33. et seq. C. 27. q. 2.* GERHARD. *loc. de coniug. §. 112. et* DEDEKENNVS *vol. 3. lib. 2. Sect. 13. n. 37.* HAVEMANN *in gamolog. lib. 1. tit. 5. posit. 7. §. 10.* NICOLAI *de diuortiis Part. I. c. 2. n. 52.* Licet enim per vim stuprum passa nihil commiserit, quo vel existimationis fama *l. 20. D. de adult.* vel corporis amittitur sanctitas, *c. 4. C. 32. q. 5.* (quia vis illata nullum consensum, nec crimen habet, imo mentem impudicam non casus facit, nec potest corpus corrumpi, nisi prius corruptus fuit animus, et si munda a contagione anima, caro non peccat. *c. 8. C. 23. q. 5.* neque reuera potest caro corrumpi, nisi mens fuit ante corrupta *c. 2. C. 32. q. 5.* imo non potest eripi a virginitatis latrone pudicitia, virtus, quae animum pro domicilio habet, *c. 6. C. 32. q. 5.* proptereaque talis merito ab omni absoluatur poena;) attamen in corpus vitiatae aliquid commissum est, a quo sponsus (qui sponsalia contrahens, non animi tantum sed et corporis puritatem, virginitatemque respexit, abhorret, cumque sponso promissa praestari nequeat virginitas, nulla est ratio, cur ei iniqua conditio facto alterius citra suam culpam inferri possit. Neque de sponsoris fluxa fide puella queri potest, cum omnibus conuentionibus haec insit conditio; *Si res in eodem statu permaneat, quo fuit tempore contractus. l. 38. D. solut. matr. c. 25. X. de iureiur.* ill. Dn. COCCEI *de claus. rebus sic stantib.* Eleganter Seneca inquit: "destituere, leuitas non

(XIX) *Sponsalia dissoluuntur ob stuprum violentum, non matrimonium.*

 „erit,

„erit, si aliquid interuenit noui; quid miraris, cum condi„tio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium? ea„dem mihi omnia praesta, et idem sum. Vadimonium pro„mittimus, tamen deseritur, non in omnes datur actio, de„serentem vis maior excusat, omnia debent esse eadem, cum „promitterem, vt promittentis fidem teneas." Matrimonium vero consummatum ob vxorem vi subactam, minime disrumpitur, quia in eo dispar est ratio et contractis nuptiis vna caro, vnus homo coniuges sunt facti, ideoque quodcunque incommodum vni infertur, alteri quoque infligitur, *l. 1. §. vlt. D. de iniur.* atque aequaliter ferendum est, *l. 22. §. 7. D. solut. matrim.* maxime de iure canonico, quo nullus casus dirimit matrimonium.

(XX) ob inimicitias capitales dissoluuntur sponsalia, non matrimonium.

§. XXIII. Ob *inimicitias capitales* forte ex odio ob diffamationem, aut morum diuersitatem exorto dissolui possunt sponsalia, praecipue si *saeuitia sponsi* accesserit, i. e. si sponsam iam verberibus exceperit, vel in eam grauioribus, quae constantem terrent mulierem, minis saeuierit, vel intolerabili immerentem affecerit iniuria, item ob notabilem morum mutationem; veluti si ex sobrio ebriosus vinarius, ex homine rem familiarem recte curante prodigus, aleator, aliisque vitiis deditus appareat factus sponsus, si desperata sit emendatio, et verosimile, inter eos nunquam coalituram concordiam, ac nuptias illas materiam cædibus et adulteriis daturas, vel certamina excitaturas inter vtriusque consanguineos et propinquos. *c. 2. c. 17. X. de sponsal.* ABBAS *in c. 5. qui cleric. vel vouent. l. 5. C. de sponsal.* Si enim Deus in V. T. propter σκληροκαρδίαν iudaicam, ob odium, in ratis et consummatis matrimoniis etiam diuortia permisit, vt indicant verba *Deut. 24. v. 1. 2. 3.* *Si acceperit homo vxorem et ha-*

buerit

buerit eam, et non inuenerit gratiam ante oculos eius propter aliquam foeditatem, ſcribet libellum repudii, et dabit in manum illius, et dimittet eam de domo ſua. conf. *Sirac. c. XXV. v. 34.* quare non in N. T. ſponſaliorum diſſolutio ſeu repudium propter *graues inimicitias* ſuperuenientes, magiſtratus auctoritate, interdum fieri poſſet? Porro ſi ſponſalia diſſolvuntur, ne forte deterius inde contingat; c. 2. *X. de ſponſal.* certe id in aſperitate morum et ſaeuitia ſponſi ſuperueniente locum ſibi vindicat. Quod enim ſaeuitiæ genus ſub regimine mariti non metuendum futuræ vxori eſt? quam ipſis ſponſaliorum i. e. feſtiuitatis ac hilaritatis diebus vsque ad verbera dirasque minas excandeſcens excepit male feriatus ſponſus, quod vberius deducunt B. STRYK. de *diſſent. ſponſal. ſect.* 2. KITZEL. *in ſynopſ. matrim. c. 8. theor. 13. ſub lit. d. Conſil. Tubing. 80. n. 53. 54. part. 2. et conſil. 244. n. 11. ſeqq. part. 5.* KÖPPEN. *dec. 1. enucl.* CARPZ. *in iurispr. conſiſt. lib. 2. tit. 10. def. 176. et tit. 12. def. 212.* RICHTER. *part. 1. dec. 22.* HAVEMANN. *in gamolog. lib. 1. tit. 13. poſ. 7.* Matrimonii vero vinculum ob inimicitias non disrumpitur, et ſi illæ in *ſæuitiam* degenerant, tantummodo *thori* et *menſæ ſeparatio* conceditur vxori, instituta actione, quam ea de cauſa vocant die Sæuitien-Klage. vid. NICOLAI *de repud.*

§. XXIIII. Sponſalia diſſoluuntur *ſuperueniente morbo contagioſo* et incurabili, ſcilicet lepra, paralyſi, ſcabie gallica, epilepſia, phthiſi. *c. fin. X. de coniug. lepros.* vbi pontifex ad propoſitam quaeſtionem: "vtrum ſi poſt ſponſalia de „futuro inter legitimas perſonas contracta, antequam a viro „mulier traducatur, alter eorum lepræ morbum incurrat, a„lius ad conſummandam copulam maritalem compelli de„beat? reſpondet, quod ad eam accipiendam cogi non de„bet,

(XXI) ſponſalia diſſoluuntur ob morbum contagioſum, non item matrimonium.

„bet, cum nondum inter eos matrimonium fuerit consum-„matum." Etsi autem hoc in textu solummodo sermo sit de lepra, non immerito tamen hoc ad alios morbos contagiosos grauiores et insanabiles extendendum esse putamus, (1) ob identitatem rationis, cum idem periculum, quod ex lepra imminet, vt scilicet in liberos deriuetur, ex illis morbis contagiosis etiam metuendum sit. Vnde (2) morborum illorum etiam ea est turpitudo et vehementia, vt non solum alter alterius congressum, sed etiam conspectum consortiumque amici refugiat et exhorrescat, sufficiatque, quod *notabilis mutatio* superuenerit, quam si quis antea praeuidere potuisset, nunquam sponsalia iniisset. *c. 25. X. de iureiur.* Nec aliud dicendum esse autumo, licet talium malorum vehemens modo sit suspicio, cum scrupulosa hic non requiratur probatio, imo etiamsi sponsus a tali conualuisse dicatur peste, quia iustus semper superest metus, ne aliquod subtile venenum corpori adhuc, insciis medicis, inhaereat, nociturum postea sanae prolis generationi, vel ne ita ex morbo praesertim gallico euaserit, vt integer non sit vir, cum talia vagae libidinis præmia hæc lues venerea nepotibus relinquere soleat, de quo memorabile exemplum refert B. STRYK. de *dissens. sponsal. sect. 2. §. 41.* Aliud tamen dicendum, si morbi non sint contagiosi, nec incurabiles, sed temporarii: tunc enim sponsæ, donec conualescat sponsus, expectandum est, quantum autem expectationis et morae tempus esse debeat, pro ratione morbi et laborantis personæ, hoc arbitrio et prudentiæ iudicis committitur, dum alii morbi aliis longiores et tenaciores sint, vt non solum annum vel biennium aut triennium sed vlterius sponsalia trahere possint. *l. 17. D. de sponsal.* COTHMAN. volum. 1. resp. 10. n. 84 seqq.

84. seqq. KITZEL. *in synops. matrim. c. 8. theorem. 13.* BRÜCKNER *in decis. matrim.* STRYK. de *dissens. sponsal. sect. 2.* Matrimonium vero contractum ob morbos superuenientes contagiosos et incurabiles non dissoluitur, licet id eo in casu multi existimauerint, si aegrotanti satis prospectum esset de habitatione, victu, aliisque rebus, et ipse aegrotans in diuortium consensisset. Verum in contrarium satis clari reperiuntur textus, docentes, propter eos morbos diuortium fieri non posse, vt *in c. 1. et 2. X. de coniug. lepros.* adeo vt infirmus a sano debitum exigere possit coniugale. *c. 2. X. de coniug. lepros. c.* 18. *C. 32. q. 7.* Vnde et desertio coniugis propter calamitatem, in qua nulla est culpa, iniusta et scelerata habetur, cum vir et vxor vna sint caro, et vxor sit pars corporis mariti, *c. 8. C. 33. q. 2.* virque non habeat potestatem corporis sui, sed vxor, nec vxor habeat potestatem corporis sui, sed maritus.

§. XXV. Superueniens impotentia vel inhabilitas coëundi sponsalia dissoluit, non vero matrimonii vinculum legitime contractum et consummatum dirimit, sed initum rite foedus inuiolabile conseruat *c. 25. C. 32. q. 7. c. 18. C. 32. q. 5. c. 4. X. de frigid. c. 29. C. 27. q. 2.* vbi pontifex his verbis rescribit: *impossibilitas coeundi, si post carnalem copulam inuenta fuerit in aliquo, non soluit coniugium, si vero ante carnalem copulam deprehensa fuerit, liberum facit mulieri alium virum accipere.* Nec obstat, quod non minus requiratur ad conseruationem rei quam ad eius essentiam; matrimonii vero essentia consistere nequeat, si a principio adsit perpetua coeundi impotentia, ergo nec si illo inito superueniat, conseruari poterit. Multa enim ad rei *essentiam* necessaria, quae

(XXII) impotentia superveniens sponsalia soluit, non matrimonium.

quae minime ad *conseruationem* desiderantur. Et quamuis alias obligatio ad reddendum debitum, tanquam matrimonii consequens, illud semper comitatur, et ideo, hac cessante ob impotentiam superuenientem obligatione, matrimonii destruatur essentia; obligatio tamen reddendi debiti non semper et in perpetuum sed potissimum initio matrimonium comitari debet, vt vel inde constat, si postea vterque coniux communi continentiam voueat consensu. Neque denique aduersatur, quod ALEXANDER III. in *c. 3. X. de frigid. et malefic.* potestatem cuidam, cuius vxor ante consummationem inepta reddita fuit copulae, dat alterius ineundi matrimonii. Illo enim textus loquitur de casu, quo impotentia matrimonium praecesserat, vt vel ex verbis, si *mulier illa vitium illud a natura contraxit*, constat. Excipitur tamen casus, quando maritus aut mulier intempestiue perpetuæ continentiæ studio ductus, *arg. c. 1. C. 33. q. 5.* voluntaria vel potione vel incisione venarum, ex sectione sibi infirmitatem conciliauerit; tunc enim pro malitioso desertore et vice versa habendus est, *c. 7. C. 32. q. 2.* quia inimicum naturæ animum capessit, detrahitque, quæ debet coniugi, quod tamen ea inuita peragere prohibetur. *cit. c. 1. c. 2. c. 6. C. 33. q. 5.*

(XXIII) *Sponsalia dirimuntur ob furorem superuenientem non matrimonium.*

§. XXVI. Similiter sponsalia ob *superuenientem furorem* dissoluuntur. *l. 1. C. de sponsal. c. 26. C. 32. q. 7. c. 24. X. de sponsal.* Vtut enim in *l. 8. D. de sponsal. et l. 16. §. 2. de rit. nupt.* asseratur, furorem postea interuenientem sponsalia non infirmare, tamen omissis aliorum explicationibus, nobis CARPZOVII *lib. 2. def. 182. in iurispr. consist.* sententia magis arridet, statuentis, dictas LL. esse intelligendas de eo furore,

re, qui mitior est et interualla habet, vel tolerabilis, ac spes aliqua eluceat sanitatis, vt et bene limitant HENNING ARNIS. *de iur. connub. c. 6. sect. 9. n. 6. et 7.* IO. GERHARD. *in loco de coniug. §. 167.* PAVL. CYPRAEVS *de sponsal. c. 13. §. 59.* Matrimonium vero non soluitur ob furorem superuenientem, siue sit perpetuus siue non *c. 25. et c. 26. C. 32. q. 7. c. 24. X. de sponsal.* Equidem non nego, olim in oriente per *Nou.* LEONIS *111. et 112.* admissum fuisse diuortium ob furorem, imo et antiquum ius ecclesiasticum ab hac sententia non adeo abhorruisse videtur; *c. 18. C. 32. q. 7.* nam hic tantum quaestio est de *iure canonico* et quidem *recentiori*, quo plura patrum antiquorum scita sunt immutata, postquam dogma AVGVSTINI de sacramento matrimonii altos generaliter egit radices.

§. XXVII. Porro non matrimonium sed sponsalia tantummodo dissoluuntur ob *notabilem superuenientem deformitatem*, i. e. si alter sponsorum membro quodam mutilatus, vtpote si claudus factus fuerit, alteramue manum vel pedem amittat, vel nisi abscissionem vel labiorum truncationem, similiaque passus fuerit mala, ob quae merito eius aspectum fugiant ceteri. In *c. 25. X. de iureiur.* INNOCENT. III. pontifex apprime ita rescribit: "quodsi post huiusmodi iuramen-„tum fieret mulier non solum leprosa, sed etiam paralyti-„ca, vel oculos vel nasum amitteret, vel quicquam ei tur-„pius eueniret: numquid vir teneretur eam ducere vxorem? „profecto ductam non posset dimittere. Sed numquid non „ductam admittere teneretur? quamuis interdum contra-„ctum non dirimat, quod impedit contrahendum." Ex his dilucide patet, dissolutionem sponsaliorum his casibus adeo esse licitam, vt nec eam *iuramentum*, super desponsatione

(XXIV) notabilis deformitas superueniens soluit sponsalia, non matrimonium.

tione præſtitum, impedire valeat. Multo magis itaque hoc de ſponſalibus non iuratis aſſerendum eſt. Nec deſunt rationes pro hac deciſione pontificia: mutuus amor ac effectus cauſa contrahendi matrimonii impellens eſt, atque mediis, quibus conſeruatur amor, ablatis, amor ipſe deliquium patitur, ac mutuis potius odiis quam coniugali amori iſta patebit via. GVTIERREZ *de matrim. cap. 32. n. 3.* CARPZ. *lib. 2. def. 181.* STRYK. *de iur. ſenſ. p. 118. n. 5. vsque ad 11. incluſ.* Imo hoc adeo verum eſſe puto, etiamſi alteri tantummodo amittatur oculus, dum textus vis non poſita eſt in vtriusque oculi aut naſi amiſſione, quae tantum exempli gratia proponuntur, ſed in *notabili deformitate magnaque mutatione*, quae ſi a principio adeſſet, obſtaret, ne contraherentur ſponſalia. Satis vero notabilis eſt mutatio et deformitas fieri coclytem, quod colligitur ex ratione in textu ſubiuncta, quae eſt, promiſſionem intelligi: *rebus in eodem ſtatu manentibus.* Si vero aliqualis tantum deformitas ſuperueniat ex variolis deturpata facie, tunc inter ſexum diſtinguendum eſſe cenſemus; magna dos enim eſt in puellis formæ et iuuentæ commendatio, in maſculis animi prudentia et compoſiti ad virtutum mores, et ideo quoad vltimum haud videtur iuſta repudii cauſa; quoad primum vero diſſolui poſſunt ſponſalia, ſi forma virgini pro dote fuerit, et ad hanc potiſſimum reſpexerit ſponſus. STRYK. *de diſſenſ. ſponſal. ſect. 2.* BROWER. *de iur. connub. p. 250. et 251. §. 36. 37.* Prædicta autem hæc omnia intelliguntur tantum ex parte illius, qui læſus eſt; eo enim volente, ſoluuntur ſponſalia, ſecus nolente, quia hoc quod in fauorem illius introductum in odium vel præiudicium detorqueri non debet.

§. XXVIII.

(XXV) *clericus in minoribus ordinibus constitutus amittit beneficium per matrimonium.*

§. XXVIII. Ceterum non ſolum ratione *vinculi* ſponſalia et matrimonium differunt, ſed etiam ratione plurium effectuum, quos *c. antec.* iam excuſſi. Sic ſi clericus in minoribus contrahat matrimonium ordinibus, perdit beneficium, non autem, ſi ſola contrahat ſponſalia. *c. 1. X. de cler. coniug.* PANORMITAN. *conſil. 62. in contr. in 4. dub. in fin. lib.* 2. Loquuntur omnes textus, qui de hac materia diſponunt, de ipſo matrimonio iam contracto, quo interueniente ipſo iure amittitur beneficium, GONZALEZ *ad cit. text. tit. 6.* qualis poena haud eſt extendenda, cum priuatio odioſis accenſeatur. Accedit, quod quamdiu ſola ſponſalia inita ſunt, clerici adhuc in *coelibatu* viuant, qui ipſis impoſitus eſt, adeoque pœnam ſentire non debeant, iis impoſitam, qui cœlibatum actu ipſo deſeruere, contracto demum matrimonio.

(XXVI.) *An ſponſalia coacta ſint nulla, vt matrimonium?*

§. XXIX. Quidam etiam, vt SANCHEZ *de ſacram. matrim. lib. 4. diſp. 19.* addunt hoc diſcrimen, quod matrimonium, vi iniuſta extortum, ſit ipſo iure nullum, non vero ſponſalia, quamuis contra hæc admittatur reſtitutio in integrum: ſupponit enim, quæuis negotia metu inita ſtricto iure valida eſſe, et vnicum contra ea ſupereſſe reſtitutionis in integrum beneficium: ab his tamen excipiendum fuiſſe matrimonium, quod indiſſolubile eſt, nullamque admittit reſtitutionem, adeoque potius ob metum et coactionem illicitam nullum dicendum fuit. Hæc ratio vero ceſſat in ſponſalibus, quae diſſolutionem etiam de *iure canonico* admittunt, adeoque quoad hæc in regula ſubſiſtendum videtur. Verum illud nullibi reſtitutionem in integrum contra ſponſalia metu inita deſiderat, ſed potius illa prorſus eſſe nulla pronunciat, vt liquet ex *c. 11. X. de ſponſal.* Inde non poſſunt operari talia ſponſalia impedimentum *honeſtatis publicæ*, quod

producerent, si stricto iure valida essent; proinde hoc discrimen quoque reiecit *Dn. Praeses differt. de matrim. coact. c. I. v. 10.*

Etiam sponsalia de praesenti adhuc a matrimonio de iure canonico differunt,

§. XXX. Atque haec, quae adducta sunt discrimina, vnice fere diuersa sponsalium *de futuro* iura a matrimonio ostendunt: sponsalia de praesenti propius ei accedunt, ipsumque dicuntur matrimonium, et proinde vix diuersa iura ab illo habere videntur. Sed *videntur;* reuera enim adhuc habent, quod colligi potest ex iis, quae supra de conceptu horum dicta sunt sponsaliorum. Si matrimonium prorsus absolutum forent, incongrue sane retinerent nomen sponsaliorum; quia vero adhuc sunt sponsalia, et *secundum quid* matrimonium dicuntur, h. e. intuitu vinculi indissolubilis, superesse adhuc omnino debent differentiae. Videlicet talia sponsalia nondum matrimonium sunt quoad effectus omnes ciuiles, quos ius canonicum passim quoque repetit: neque etiam huiusmodi sponsa transit in domum, forum, sacra, iura et potestatem mariti, cum nondum ei tradita sit solenniter, sed adhuc ad plenum matrimonii effectum solennia consueta accedere debeant, ex quo tempore *legitima* vxor dicitur; *sponsaeque* nomen amittit, et iura mariti plene consequitur. Docet id historia desponsationis FRIDERICI III. Romanorum imperatoris cum Leonora contracta descripta a NICOLAO LANCKMANNO de FALCKENSTEIN apud FREHERVM *tom. II. rerum germ. p. 59. edit. Struu.* Auctor actum solennem his describit verbis: "Sic serenissimus Rex Portugalliae Do-„minus Alfonsus etc. et quam plures generosi ad haec voca-„ti audierant legationem serenissimi Domini Romanorum „Regis per dictos suos oratores, quae erat ad concluden-„dum et contrahendum matrimonium per verba de praesen-

„ti

„ti cum præclarissima virgine et domina Leonora." Atque in hac *audientia vespertina*, quae ibi refertur, fuerunt contracta sponsalia *de præsenti;* solennia matrimonii postea accessere. "Altera autem die, pergit, fuit matrimonium, de „quo supra in præsentia serenissimi Regis ac Reginae Portu„galliæ sororum, principum, comitum, baronum, gene„rosorum et vtriusque sexus nobilium per verba de præsen„ti cum arenga certa: adorna thalamum etc. more solito per „oris osculum et annuli immissionem eandem clarissimam „Virginem infantissam dominam Leonoram serenissimo Do„mino Domino Friderico Romanorum Regi per libatos su„os oratores subarrando desponsato matrimonio contractum. „Et iste actus solennis solenniter fuit finitus, et quasi ex ea„dem hora inclytissima virgo Domina Leonora iam nunc ab „omnibus Romanorum Regina vocata et proclamata cum „magna solennitate ad aliud palatium magnum specialiter ad „hoc deputatum et ornatum ducta fuit." Vlterius hoc declarat ipsa oratio in actu solennis desponsationis ab oratore imperatorio habita, qua formulæ sponsalium de præsenti adhibitae sunt, relatæ *ibidem p. 33.* quæ, quia doctrinam supra in *prolegom.* expositam illustrant, huc addendæ sunt. Postulat orator ab ELEONORA, vt sic dicat: "Ego infantula domi„na Eleonora recipio Fridericum regem Romanorum in „meum maritum bonum et legitimum, sicut mandat sancta „ecclesia Romana, in persona tui magistri Iacobi Motz, sui „sufficientis procuratoris ad hunc actum. Et ego præno„minatus M. Iacob Motz, nomine præfati Friderici Regis „Romanorum, tanquam procurator eius ad hunc actum le„gitime constitutus, recipio te infantissam Dominam Leono„ram in suam legitimam vxorem, sicut mandat sacra eccle„sia Romana; atque te hoc annulo subarrabo ad laudem et glo-

„riam omnipotentis Dei et ad felicem vtriusque partis sta„tum et optimam consolationem etc." Aliud discrimen tangit INNOCENTIVS III. *in c. 5. X. de bigam. non ordin.* ostendens, tunc demum perfectum *sacramentum*, quod matrimonio inesse fingitur, adesse, si commixtione corporum illud est consummatum, quod demum fit matrimonio vere contracto, non vero si tantum consensus in præsens matrimonium adest, qui in *sponsalibus de præsenti* de iure canonico cernitur. Vnde hanc notabilem differentiam deducunt, quod non possit dici bigamus, et sic inhabilis ad sacerdotium, qui cum secunda per verba de præsenti iniit sponsalia, per commixtionem corporum haud consummata.

CAPVT III.

DE

DIVERSO IVRE SPONSALIVM ET MATRIMONII GERMANICO ET HODIERNO PROTESTANTIVM.

ARGVMENTVM.

I. Distincta et hodienum sponsalia et matrimonium. II. Licita sponsalia impuberum, III. et inter absentes, non nuptiæ. IV. Vtraque tamen permissa magistratui provinciali. V. Viduæ intra annum luctus tantum indulgentur sponsalia. VI. Vtriusque discrimina intuitu ratione transactionis, iuramenti, VII. neglecti consensus paterni, VIII. et probationis. IX. et X. Quatenus mutuo vel vnius consensu, XI. ob stuprum antecedens, XII. ob

ob nimiam propinquitatem, XIII. ob mutatam religionem, XIV. vel ob votum castitatis soluantur? XV. ius praecipuum priorum sponsalium. XVI. Conditiones adiici possunt sponsalibus, non matrimonio. XVII. Diuersae causae vtraque dissoluendi. XVIII. Iura vtriusque diuersa in soluenda patria potestate, XIX. in acquaestu coniugali, XX. et ratione concubitus. XXI. Vxor sequi tenetur maritum, non sponsa. XXII. Maritis sunt fructus dotis, non sponsi. XXIII. An donationes inter desponsatos reuocentur alterutro mortuo. XXIV. Successio est tantum coniugum, XXV. et vxoris tantum ius hypothecae tacitae. XXVI. Clerici inter protestantes per nuptias non amittunt beneficia. XXVII. De diuersis actionibus ex sponsalibus et matrimonio. XXVIII. XXIX. De diuerso modo vtraque ineundi. XXX. De diuersis poenis binorum sponsalium et nuptiarum, XXXI. nec non secundarum nuptiarum. XXXII. Vsus hodiernus vindictae priuatae mariti. XXXIII. Donationes inter coniuges inualidae, non inter desponsatos. XXXIV. Conscensio thalami pertinet ad consummandum matrimonium. XXXV. Huius vis in communione bonorum, XXXVI. et tutela maritali, XXXVII. In iure circa dispositionem de bonis vxore, XXXVIII. in aere alieno soluendo, XXXIX. in vsufructu mariti, XL. in acquisitione morgengabae, XLI. in successione statutaria. XLII. Lucrum dotis est tantum coniugum. XLIII. Status liberorum ex sponsa natorum.

§. I.

§. I.

Conuenientia eorum, quae dicta sunt, cum moribus nostris praemittitur.

Ab omnibus fere duobus praecedentibus capitibus recensitis *sponsalium* et *matrimonii* differentiis mores nostri hodierni ac constitutiones ecclesiasticae in foris protestantium parum aut nihil declinant. Quod enim ad diversum attinet finem, in *c. 1. §. 4.* recensitum, eum etiam moribus nostris in *sponsalibus* ac *matrimonio* occurrere diuersum, nemo vnquam in dubium vocare audebit, quemadmodum *consensus* adhuc hodie alius est *sponsalitius*, alius *matrimonialis*, coram facie ecclesiae et sacerdote declaratus et inuicem datus ad modum a superiore praescriptum. Obstare quidem videtur, quod secundum quorundam Theologorum inter nostrates sententiam in foro interno et coram DEO statim pro coniugibus habeantur, qui per sponsalia (vt vocant) *de praesenti*, h. e. *per* se ad contrahendum obligarunt matrimonium, licet nondum coram sacerdote consensum suum professi fuerint, quod saepe in conscientia adsit obligatio, quae in foro externo non datur, et professio consensus coram sacerdote et secuta benedictio sacerdotalis saltem de iure exigatur humano; de iure autem naturali ac diuino statim, quando consensus vtrique praestatur matrimonialis, nasci videatur matrimonium. Quia vero imperans constituit, vt hi duo actus sponsalia et matrimonium ipsum distinguantur, illa praecedant, hoc sequatur, atque non prius adesse censeatur matrimonialis consensus, quam professio debito modo et publice facta fuerit, quilibet vero subditus in licitis magistratui obedire teneatur, et magistratus etiam subditorum actus, qui alias in se obligarent, contra prohibitionem susceptos pro nullis declarare valet, ideo consensus, quem inuicem ratione matrimonii futuri ante professionem coram sacerdote inter-

interpositam subditi praestant, non est *matrimonialis*, sed saltem *sponsalitius*, id quod natura rei, et diuersa contrahentium intentio quoque suadent.

§. II. Sponsalia similiter hodie etiam *impuberes* possunt contrahere. Ad nuptias vero requiritur *pubertas*, et differunt solummodo in eo mores nostri a traditis iuribus, quod *pubertas* hodie quoad matrimonium, non tam ex illa certa annorum determinatione, vt *quatuordecim* in masculis, *duodecim* in feminis (licet in materia tutelae, curae et in aliis negotiis ciuilibus præcise et stricte illa temporis iuris Romani determinatio sit obseruanda, nisi, vbi circa hæc aliæ leges vel consuetudines obtineant, vt in Saxonia minorennitatem 21. ætatis anno absolui constat) quam ex *prudentia regendi familiam*, maxime in masculis, qui capita familiae constituunt, æstimetur, in quo iam olim TACITVS *de moribus germ.* Germanos a Romanis differre testatus est, dicendo: *sera apud eos venus*; cum apud Romanos matrimonia sæpe statim post pubertatem contraherentur. Proinde iusta inde nascitur patri dissentiendi caussa, si hodie filius sub prætextu *pubertatis* mox matrimonium contrahere vellet, qui tamen idoneus nondum est, et instructus subsidiis necessariis, alendi vxorem et familiam, dum pater imprudentia matrimonia præcauere omnino debeat, in quo forsan haec obseruatio vsum habere posset.

Dantur etiam hodie sponsalia impuberum, non matrimonium.

§. III. Sponsalia inter *absentes* per epistolam, internunciumque hodiernis quoque moribus recte contrahi posse, minime dubitandum, cum praxis et experientia fere quotidiana hoc satis abunde testetur. Nec obstat, quod negotium personarum praesentiam aliamque solennitatem requirens, inter absentes alias valide non agatur, præsertim cum per totam fe-

Hodie quoque sponsalia inter absentes contrahuntur.

re Germaniam in *ordinationibus ecclesiasticis* cautum sit, ne sponsalia sine praesentia ac consensu *testium* vel *propinquorum*, vel etiam pro re nata *curatorum* rite celebrentur, ex quo fluere videtur, sponsalia quoque inter absentes non valere. Verum istiusmodi ordinationes huc minime referendæ sunt, sed potius ad sponsalia tantum inter *praesentes* celebrata, in quibus demum commode *testes* interuenire possunt, restringendae, cum sint correctoriæ iuris communis, quæ semper ita stricte sunt interpretandæ, vt in reliquis diserte non correctis ius commune sequantur, ne plus corrigant, quam quoad dispositio ipsa patitur, vt NICOLAI *de Repud. et diuort. c. 1. n. 37. seqq.* pluribus defendit rationibus, et discrepantia hac de re præiudicia etiam in ipsa Saxonia adfert. Nuptiae vero per procuratorem *inter priuatos* contrahi non possunt. Futuri enim coniuges præsentes se ministris ecclesiae, vel in quibusdam locis magistratui sistere debent, nec hac in re internuncio, nisi summa id postulante necessitate et dispensatione interueniente superioris, defungi possunt, ne in re tam ardua aliquis dolus committatur, tum vt omnibus sit apertum ac constare possit, sponsum sponsamque liberrima coniunctioni consentire voluntate, nec vllam adfuisse in sponsalibus coactionem, quam alias coram altari reclamando, facile profiteri posset, *c. 28. de sponsal. c. 4. X. qui matrim. accus. poss.* id quod tamen non esset ei integrum, si per *procuratorem* matrimonium contrahi posset; tum quoque vt solennes sponsiones matrimoniique præcepta, quæ præsentibus testibus vel ecclesia a neogamis stipulatur minister ecclesiæ, altius eorum inhaereant cordibus; tum denique vt aduertant coniuges, se præsentibus multis ecclesiæ membris per Deum, cuius vicem sustinet minister verbi vel magistratus, matrimonio copulari. Equidem inter illustres, qui superiorem non recognoscunt, sæpe matrimonia

a parte

a parte sponsi per procuratorem ineuntur; sed id ipsum ad *exceptionem* pertinet, nec ad *sponsam* applicari potest, quae praesens esse debet.

§. IV. Equidem iure Romano praesidi prouinciae vel quacunque alia potestate praedito sponsalia contrahere cum ea, quae eius iurisdictioni erat suppolita, non vero matrimonium inire permittebatur; sed hoc hodie non amplius vsu obtinet, cum nemini cuiuscunque etiam fuerit potestatis, interdictum sit, vxorem suae potestati suppositam ducere, praesertim cum nostris temporibus magistratus regulariter non sint annui, sed imperia continuentur. RITTERSHVSIVS *de different. iur. ciu. et canon. lib. 1. c. 20. n. 2.* WISSENBACH. *in Cod. si Rector prouinc.* PEREZ. *in tit. 7. lib. 5. Cod. vt et* GRÖNWEGEN *d. t.* Nec contrarium statuit BRVNNEMANN. *ad d. t. C. n. 4.* dum textum codicis adhuc hodie obtinere contendit, si per vim consensum extorquere conetur praeses, vt patet ex verbis: *nam licet non sit punibile hodie matrimonium inter Praesidem et prouincialem puellam, punibilis tamen est vis et violentia terrore potestatis illata prouinciali.* Et porro: *licet praesidi in sua prouincia, maxime si patria eius sit, hodie liceat contrahere nuptias, vt ex aliis tradit Grönwegen, non tamen vis inferenda nec concussio.* Hoc et recta dictitat ratio, dum ab omni matrimonio concussio abesse neque tantum in his, qui aliqua funguntur potestate, vtut ii facilius terrorem incutere valent; sed in aliis quibuscunque hodie obtinere debet.

Hodie qui in aliqua prouincia magistratus gerunt, licite matrimonium contrahunt.

§. V. Non sponsa sponsum, sed vidua per integrum annum maritum elugere debet: vnde et licet sponsalia *intra annum luctus* contrahi posse continua doceat praxis; a nuptiis tamen abstinere secundis intra id tempus obstringuntur iure Saxonico et moribus plerorumque locorum, vbi leges et con-

Vidua hodie quoque intra annum luctus ineunt sponsalia, sed non impune matrimonia.

constitutiones ecclesiasticæ prohibitiuæ id prohibent, imo et viduis, quod peculiare ius habet hodiernum, nulla datur intra tempus luctus semestris aliam ducendi vxorem facultas *ordin. elect. Saxon. de ann. 1624. punct. 5. §. vlt. ibi.* daß hinführo ein Wittwer zum wenigsten ein halbes Jahr, eine Wittwe aber ein ganz Jahr ihre Trauer-Zeit halten und vor Ausgang desselben sich wieder zu verehlichen oder Hochzeit anzustellen nicht Macht haben soll, nisi speciali dispensatione impetrata, vid. ordin. matrim. §. vlt. ibi. Es geschehe denn mit unser sonderbahren dispensation und eigener gnädigsten Bewilligung. In ducatu Magdeburgico *ordin. eccles. c. 10. §. 9.* ita hac de re cauetur: und sollen die Witt-Frauen, als denen sich wieder zu verehlichen unverbothen, vor Ausgang dreyer viertel Jahre sich nicht wieder verloben, viel weniger durch priesterliche copulation verheyrathen, die Wittwer aber, so kleine Kinder haben, oder deren Haus-Wesen sonst weitläufftig ist, mögen nach Ablauf eines halben Jahres sich verloben, und zur andern Ehe schreiten. In electoratu Palatino post nouem aut decem menses viduis, maritis post sex; in ducatu Wurtenbergico post semestre spatium nuptiæ demum permittuntur, nisi vidua ex defuncto grauida reperiatur. LAVTERBACH. *in colleg. pract. de rit nupt. §. 40. 41.* CARPZ. *in Iurispr. eccl. lib. 2. def. 160. 161.* Ceterum huiusmodi constitutiones, quod ne quidem viduus statim ad secunda possit procedere vota, sed ad minimum per dimidium anni spatium nuptias differre debeat, iuris noui sunt, cum nec *ius ciuile nec canonicum id exigat.* Alibi vxores pariter viros et contra maritus vxores elugere, vestem que lugubrem aliaque insignia per annum vel vltra gestare, debent, vt PAVL. CYPRAEVS *de sponsal. §. 69.* testatur. Pœnæ vero iuris ciuilis, quas transgressores viduæ durante anno luctus ad secundas nuptias properantes, incurrunt, in plerisque locis

locis cessant, ac in earum successit locum coercitio arbitraria, CARPZOV. *in pract. crim. part. 2. quæst. 65. n. 81.* adeo vt nec vidua intra annum luctus luxuriose viuens bona hereditatis, legati, vel donationis titulo sibi delata perdat. Landr. artic. 5. lib. 1. Ein Weib mag mit Unkeuschheit ihres Leibes, ihre weibliche Ehre kränken, ihr Recht verlieret sie damit nicht, noch ihr Erbe. Ex quibus haud difficile colligendum, viduam intra annum luctus nubentem, ne melioris conditionis sit luxuriose viuens, quam alteri nubens, bonis hæreditariis haud esse priuandam. CHRISTOPH. ZOBEL. in *addit. ad gloss. lat.* Landr. lib. 3. art. 45. MATTH. COLER. *part. 1. decis. 64.*

§. VI. Transactio etiam hodie pro dissoluendis sponsalibus valida, modo non *priuatim* et *extraiudicaliter*, sed iudicialiter seu coram magistratu ecclesiastico vel consistorio fiat, vt CARPZ. *in Iurispr. eccles. lib. 3. def. 39. 40.* multis consistoriorum demonstrat pronunciatis, conf. STRYK. *in V. M. lib. 2. tit. 15. §. 21.* Imo iuramentum purgatorium hodie etiam a iudice contra ea reo iniungi potest. vid. *constit. elect. 22. part. 1.* in verb. obwohl das iuramentum purgationis fürnehmlich in peinlichen und in Ehe-Sachen kan auferlegt werden. HENNING. GÖDEN. *consil. 92. n. 12.* CARPZOV. *lib. 3. iurispr. consist. def. 45. et in iurispr. forens. p. 1. c 22. def. 3.* vbi multa consistoriorum pronunciata refert. Imo neganti sponsalia iuramentum iudiciale hodie etiam a parte deferri potest; quod quidem a multis ex erroneo principio, (*quod sponsalia pura sint ipsum matrimonium*, nec contra hoc admittatur delatio iuramenti) in dubium vocatur, sed merito haud attendendum est, vt plenius euicit Dn. PRAESES *in iur. eccl. protest. lib. 1. tit. 24. §. 66.* vbi responsum almae facultatis iuri- *Differentia ratione transactionis et iuramenti.*

dicae in Regia Fridericiana eo etiam in casu, in quo non solum de promissione matrimonii, sed et impraegnatione simul actum fuerat, refert. conf. B. IO. SAM. STRYK. *de delat. iuram. in matrim. et* B. SAM. STRYK. *in V. M. lib. 12. tit. 2. §. 30.* vbi etiam responsum, quod postea a facultate iuridica Rostochiensi approbatum, adducit. Super matrimonio autem iam contracto, et consummato, de cuius vinculo non amplius dubitatur, neque transigi neque iuramentum deferri posse, hodie conclamatum est, continua et inueterata consistorium fere omnium praxi attestante. HEIGIVS *lib. 2. qu. 16.*

Differentia ratione neglecti consensus parentum.

§. VII. Sponsalia liberorum *clandestina*, neglecto parentum consensu contracta, pro nullis et inualidis hodie quoque apud protestantes declarantur, et liberi arbitrarie poenis pecuniariis, carceris, suspensionis temporariae ab honore fideiussionis baptismalis, nuptialibus conuiuiis et choreis, et deprecatione parentibus facienda propter illam temeritatem hinc inde puniuntur. *vid. ordin. elect. Saxon. eccles. de ann. 1580. tit.* von Ehe-Sachen §. von Ehe-Gelöbnissen, *et ordin. matrim. de ann. 1624. punct. 1.* von Ehe-Gelöbnissen. Plura eiusmodi statuta apud COTHMANNVM *vol. 1. resp. 1. n. 191. et 197.* et GISBERTVM *peric. 2. statut. art. 38. n. 13. et* CARPZ. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 3. def. 40. et 50.* MEVIVM *ad ius Lub. lib. 1. tit. 4. artic. 2. n. 4.* RENNEM. *in iurispr. rom. germ. membr. 1. disp. 41. et 43.* COCCEIVM *tom. 6. consil. theol. 8. deprehenduntur.* Imo etiamsi iuramento liberorum confirmata fuerint, haud tamen subsistunt. CARPZ. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 3. def. 58.* IOACH. A BEVST. *in tract. de iur. connub. part. 2. c. 48.* IOH. HARPRECHT. *in princ. instit. de nupt. 134. seqq.* BOCER. *class. 1. disp. 9. th. 15.* Si enim per id sponsalia clandestina valida et indissolubilia fieri possent, liberi consequerentur *per indi-*

rectum, quod *directo* obtinere nequeunt, iuramentum robur haberet in praeiudicium tertii, ius parentibus competens absque eorum auferretur facto, ac iniquissima eiusmodi iniquitatis vinculo parentibus per liberos inferretur conditio contra *l. 11. 74. D. de R. I.* liberi denique ex suo delicto meliorem suam conditionem facerent contra *l. 134. §. 1. D. de R. I.* An vero per copulae interuentionem sponsalia inuito patre facta, corroborentur? magis in consistoriis protestantium disputari, animaduerto. Equidem de iure stricto id negandum est, cum non sit malitiis indulgendum, nec toleranda nequitia liberorum, qui vt parentum consensum vel extorqueant, vel reluctantes parentes dolose circumueniant, carnaliter cognoscunt adamatas. Publicae vtique interest, fraudes has amputare, eiusmodi cassare desponsationes, occasionesque delinquendi omnibus modis liberis praeripere. Imo si ob defectum paterni consensus liberorum sponsalia censentur irrita, vt iisdem reuerentia ac debita obedientia nullatenus infringatur, ne inuitis agnoscatur haeres, multo magis adhuc intercedente copula, quae delictum constituit, et id quod per se illicitum est, validare nequit, obtinet. Et quamuis res non amplius sit integra, et virgo per concubitum deflorata et impraegnata sit, adeoque illius intuitu a rigore hoc recedendum esse videatur, quod contendit STRVV. *lib. 1. in iurispr. for. tit. 6. §. 4.* potior tamen habenda ratio est innocentium parentum, quam impraegnatae, quae ius transgressa, quae volens decepta, quae sibi imputare debet, quod sui copiam ei fecit, cuius parentum sciuit dissensum: potior vtique est habenda ratio iuris, quod patriam induxit potestatem, quam detestandae copulationis, et peruersae liberorum cupiditatis. Huic nostrae sententiae adstipulantur plures tam Theologi quam ICti. ALBERIC. GENTIL. *lib. 4. de nupt. c. 7.* DONELL. *lib. 3. Comment.*

ment. iur. Ciu. c. 20. p. 205. BEZA *in tr. de repud. et diuort.* HENNING. RENNEM. *in iurispr. iustin. disp. 8. th. 15.* HVNNIVS *disp. 2. th. 21.* COTHMANN. *resp. 1. n. 204. seqq.* In Saxonia tamen contrarium per peculiare rescriptum serenissimi Saxoniæ Electoris de an. 1648. obseruatum, adiectis tamen quibusdam exceptionibus et limitationibus, relatis testatur CARPZ. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 3. def. 61.* Denique sponsalia neglecto parentum consensu inita adeo sunt nulla, vt liberi consistorium implorare non possint, vt patrem adigat ad allegandas legitimas dissentiendi causas, cum sufficientem dissentiendi causam parentibus solus paterni consensus contemtus præbeat vid. CARPZ. *lib. 2. Iurispr. consist. d. f. 57.* MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 1. tit. 4. art. 2. n. 7.* STRYK. *in V. M. lib. 23. tit.* vbi prolixum satis hac de re refert responsum. In quibusdam etiam locis sponsalia, sine consensu curatorum contracta, pro inualidis habentur, vti de Marchia et Hamburgo refert B. STRYK. in *V. M. lib. 23. tit. 1. §. 11.* Matrimonium vero neglecto parentum consensu contractum et benedictione sacerdotali consummatum in plerisque locis non dissoluitur, si nihil aliud concurrat, quod matrimonio obstet, DEDEKENN. *vol. 3. lib. 4. sect. 1. n. 2. et 19.* BEVST. *de matrim. c. 47.* THOMASIVS *in. diss. de valid. coniug. inuitis parent. contract. §. 19.* MÜLLER. *de hierol. sect. 6. th. 4.* vbi casum refert, in quo, cum filius nondum 14. annorum a quadam femina non ita integræ famæ, quae se impraegnatam ab ipso dixerat, seductus suasu impraegnatæ et minis cognatorum, ignorantibus id parentibus, alibi extra patris domicilium per pastorem quendam copulatus fuerat, ac postquam illud factum intellexerat parens, statim illuc profectus, non solum constanter contradixerat facto, sed etiam cum impraegnata ita transegerat, vt pro certa summa pecuniæ renunciasset matrimo-

nio

nio, imo paſtorem, qui copulauerat, eo induxerat, vt ille benedictionem a ſe factam reuocaſſet; illis tamen omnibus non attentis, pronunciatum fuit, matrimonium non poſſe reſcindi. Ita quoque reſponderunt Theologi Lipſienſes ann. 1622. apud DEDEKENNVM *conſil. theol. ſect. 3. num. 41. p. m. 31.* ibi: Wolte man weiter fragen: ob ein Evangeliſches Conſiſtorium, wenn es der Vater gebührlich ſuchte, ſolch conſummatum matrimonium reſcindiren würde und könte? iſt hierauf zu wiſſen: Daß, obwol in vtramque partem ſpecioſa argumenta zu finden, ſo achten wir doch dafür, in negantem partem tutius man condeſcendiren könne. Denn ob wohl nichts taugliches in toto caſu zu finden, wann wir die actiones hominum ratione ſubiectorum betrachten, ſo iſt doch auſſer allen Zweifel, und bey allen Evangeliſchen Kirchen beſtändiglich obſeruiret worden, daß die benedictio ſacerdotalis vere conſummatum matrimonium mache, und demnach certiſſima illius confirmatio ſey, auch dasjenige, was vorher nicht allerdinges zu probiren, per preces deprecando tegirt, und das matrimonium geheiliget werde, und ſey demnach rathſamer, daß dieſes Jünglinges unbedachtſame Ehe unzerriſſen bleibe, ob es gleich mit ſeinem Schaden geſchicht, als daß man dieſe heilige Action ludibrio exponire, und Aergerniß bey vielen gebe, welche dannenhero verurſachet werden, von der benedictione wenig zu halten, welche ob ſie nicht wol ſimpliciter ad eſſe iedoch ad bene eſſe matrimonii et eius confirmationem hoch vonnöthen iſt: halten auch dafür, dafern bey dieſer copulation rechte Vermahnung zur Beſſerung vorhergegangen, und, wo ſolche erfolgt, GOtt ſey ausgeſöhnet worden, und den Eheſtand geſegnet habe; iſt auch dem verſtrickten Gewiſſen des

Y y y Jüng-

Jünglinges sicher zu rathen und zu helfen, wann der Vater in honorem consummati matrimonii de iure remittiret und die cohabitatio zuläst etc. Liberis interim eiusmodi proteruis triplex imminet poena, quarum prima est *exheredatio totalis*, qua potissimum auctoritas et reuerentia parentum laesa vindicatur. Haec tamen poena (dummodo filia si de ea quaeretur, sit maior. 25. annis siquidem minor. 25. annis nubens sine parentum consensu facilius exhaeredari potest. *Nou. 115. c. 3. §. 10.*) de iure ciuili vix obtinet, nisi se turpi et indigno marito dederit *l. 3. §. 5. D. de bon. poss. contra tab.* cum in. *Nou. 115. c. 3.* inter causas exheredationis non diserte referatur. Hodie vt plurimum haec sententia certior, dum passim constitutum, liberos tam masculos quam feminas, sine parentum tam *matris* quam *patris* consensu nuptias contrahentes, exheredari posse. Pertinet huc recessus imperii de *ann. 1548. tit.* vom Sacrament der Ehe *§. vlt.* vbi ita: ob aber die Eltern in diesem Fall Macht haben sollen, den Ungehorsam ihrer Kinder mit Vorthaltung der Erbschaft, oder zum wenigsten mit Geringerung des Heyraths-Guts, und dann andere wege zu straffen, mag hierin die ordentliche Obrigkeit, so viel sich gebührt, Masse und Ordnung geben. *In ordin. eccl. Saxon. tit.* von Ehesachen *rubr.* von Ehegelöbnissen §. und da sie hierüber, expressius hoc confirmatum: solche ungehorsame Kinder bis auf den halben Theil ihrer gebührenden legitimae und nach Gelegenheit der Ursachen ihres verweigerten Consens gäntzlich zu enterben. Secunda poena est *carcer*, quo inobedientia et malitia liberorum coercetur. Vid. *constit. Elect. Sax. 27. part. 4. pr.* ibi: und darüber mit zeitlicher Gefängniß gestrafft werden. Tertio denique aliquando etiam poena *emigrationis* dictatur, ne scandalum per eos praebeatur, et alii ab eiusmodi crimine deterreantur.

Haec

Haec dictata est *in ord. eccl. sax.* §. würden auch solche Personen ꝛc. ubi: und sollen sonst mit zeitlichen Gefängniß gestrafft, auch in unsern Landen sich wesentlich zu halten nicht geduldet werden. Eadem sanctionis verba repetuntur in *ordin. matrim. d.* §. würden auch solche Personen ibique und sollen sonst. Plurima tamen adhuc sunt loca, vbi ius ciuile hoc passu iterum in vsum reuocatum, i. e. vbi ob neglectum parentum consensum matrimonia etiam dissolluuntur consummata, vti in Marchia Brandenburgica speciali edicto electorali de ann. 1694. quod inscribitur: *renouirte Constitution* von Verlöbniß und Ehe-Sachen §. 7. vt et in ducatu Guelpherbytano, de quibus videri potest STRYK. *de diss. sponsal. sect. 5.* §. 42. quod rationem habet, cum rationes ex hierologia petitae sint admodum lubricae.

§. VIII. Probatio maior etiam iure hodierno requiritur ad dissoluendum matrimonium, quam ad sponsalia: quamuis enim non stricte inhæreamus traditis canonistarum, *cap. antec.* §. *VI.* relatis, qui famam, imo etiam testimonium eius, qui propriam allegat turpitudinem aliaque paradoxa admittunt, pro euitando, vt putant, incestu, et tranquillanda conscientia, quin potius hic regulas probationis ordinarias admittamus: gradus tamen probationis non vbique idem desideratur, cum matrimonium ad causas *arduas*, quae grauiorem desiderant probationem, maxime vbi ad *dissolutionem* agitur, sponsalia autem tantae molis non sint, vt tam grauis probatio, et quae luce meridiana clarior est, exigatur. *Differentia ratione probationis.*

§. IX. Porro sponsalia facilius soluuntur quam matrimonium, et ita sponsalia nostra *pura* seu, vt a quibusdam vocantur, de *præsenti*, mutuo consensu hodie dissolui possunt, quod etiam admisit INNOCENTIVS III. in c. 2. de sponsal. vbi expres- *Differentia ratione dissolutionis.*

se de illis, qui fidem sibi dederunt *sine vlla conditione de matrimonio contrahendo*, loquitur, et quamuis nostrates asserere soleant, pontificem loqui de sponsalibus de *futuro*, facile tamen regeri potest, eum loqui de *puris*, *sine vlla conditione* contractis, quae iure canonico de futuro, a protestantibus autem de *praesenti* plerumque vocantur. Ad minimum idem casus, qui hic vertitur, in *cit. c.* occurrit, quocunque demum nomine indigitetur. Argumenta, quibus dissentientes euincere nituntur, quod non possint hodie inter protestantes mutuo consensu sponsalia dissolui apud B. Dn. STRYK. *in Tr. de dissens. spons. sect. 3. §. 9. 10. 11. 12. vsque ad §. 15.* et simul refutata §. *27. vsque ad §. 35.* et rationes pro hac nostra militantes sententia §. *16. vsque ad §. 26.* et §. 37. *vsque ad fin.* videri possunt, vbi etiam §. 36. addit limitationem, vt *priuata auctoritate* a se inuicem mutuo consensu desponsati discedere non possint, sed causa cognita a magistratu ecclesiastico, seu consistorio, repudium impetrandum sit, omnis scandali, quod inde subnasci potuerit, euitandi causa, adiecto simul procedendi modo. SCHILTER. *exerc. 36. th. 14.* BROVWER. *de iur. connub. l. 1. c. 25. n. 56.* CYPRAEVS *de iur. connub. c. 13. §. 11. n. 3.* NICOLAI *de repud. et diuort. c. 1. n. 8.* STRYK. *in V. M. lib. 23. tit. 1. §. 23.* vbi et responsum almae facultatis iuridicae in Regia Fridericiana adducit.

An hodie vnius dissensu dissoluantur sponsalia.

§. X. Imo *vnius* etiam *dissensu* nonnunquam sponsalia dissolui possunt, modo non priuato arbitrio, sed *auctoritate consistorii*, non ex mera malitia, sed ex *rationabili* et *sufficienti* fiat *causa*; alias enim mulcta, carcere imo relegatione ciuili, vel missione in possessionem bonorum, interdictione noui matrimonii in quibusdam casibus pro ratione circumstan-

ſtantiarum ad ſeruandum promiſſum adigi poteſt. *c. 10. X. de ſponſal.* Si vero his recenſitis poenis induci nequeat, vt fidem alteri datam ſeruet, inuitus per eccleſiae miniſtrum coniungi non poteſt, niſi copula carnalis interuenerit, quod notabili exemplo illuſtrat Dn. PRAES. *diſſ.* de *matrim. coact. c. 2. §. 7.* oſtenditque eos, qui *abſolutae compulſioni* indulgent, decipi communi et inueterato errore: ſponſalia pure contracta eſſe ipſum matrimonium, quo nihil falſius fingi poteſt. Ceterum et prudentiae regulae adhibendae ſunt in *coactione* refractariae *licita*, et ſane optandum foret, vt illa, dum quidem cauſa leuis adfertur, infauſtum tamen coniugium metuendum eſt, non ita promiſcue adhiberetur, cum, matrimonio ſemel inito, poenitentiae locus amplius non ſit, et ſaepe illi qui propter contracta ſponſalia vrgent aduerſam partem ad matrimonium conſummandum, voti ſui compotes facti, poſtea ſuam deplorant ſortem, factum infectum optantes. Saepe deficit mutuus amor coniugum, diſcordia ſauciat mentes, totamque turbat domeſticam conſuetudinem, et cum voluntates diſtractae ſunt, interdum ſequuntur diſceſſio viri, relicta vxore, adulteria, verbera, inſidiae vitae, veneficia, caedes, ſcandala publica eademque perpetua, poenae tragicae et triſtiſſimae calamitates, quod exemplis B. Dn. STRYK, *in tr. de diſſenſu ſponſ. ſect. 2. §. 4. et 8.* declarat.

§. XI. Sicuti vero, prout *cap. antec.* dictum, de iure canonico, ob *cauſas praecedentes* probabiliter ignoratas non matrimonium ſed ſponſalia diſſolui poſſunt; ita etiam hodie ob ſtuprum praecedens ignoratum ſponſae ſuam obligationem amittunt, praxi conſiſtoriorum probante, CARPZ. *lib. 2. iuriſpr. conſiſt. def. 180.* etiamſi fuerint iurata, et concubitus ſit ſecutus. Licet enim ſponſus culpandus, quod an- *Ob ſtuprum ante commiſſum ſed ignoratum hodie quoque ſoluuntur ſponſalia.*

quandoque matrimonium.

te nuptiarum festiuitatem ad intempestiuum conuolauerit coitum, et persuadendus, si fieri possit, vt hanc sponsae remittat culpam, eamque sibi reconciliari patiatur; attamen comperto stupro, si deceptus nolit sponsalia consummare, dissolui possunt. Non enim queri potest puella, rem post coitum non esse integram, seque impraegnatam repudiari, dum sibi imputare debet, quod decipere intenderit sponsum, et pro illibata et intacta se gesserit, quae tamen ab alio iam concepit, vel clam partum edidit. Sponsus quidem concubuit cum sponsa, et ita matrimonium impleuit, sed cum virgine consensit in coitum, qua intacta, vt eo ipso error purgatus, dici nequeat, cum errans et ignorans haud consentiat, *l. 15. de iurisdict.* Impudicæ virgines hoc modo facile viam inuenirent, qua lucrum ex dolo suo capere possent, alliciendo scilicet sponsum ad concubitum. Et quid de ipso matrimonio iam contracto dicemus, cuius vim alias subsequens concubitus habet? De iure canonico interpretes hac in quaestione cespitare, *cap. antec.* obseruaui; ast moribus nostris praxis certior est, secundum quam matrimonium ob stuprum præcedens etiam dissolui potest, i. e. maritus potest recedere ob stuprum ab vxore quondam commissum, ita vt non solum quoad thorum, sed etiam quod vinculum sic dissoluatur, et matrimonium nullum declaretur, vt aliam ducere liceat, quod et iuri diuino videtur consentaneum, quo lapidibus obruitur compressa ab alio, quæ postea unquam virgo nupsit alteri, si vir petat diuortium. *Deut. XXII.* Rationes ac fundamenta, quibus praxis consistoriorum suffulta, videri possunt apud CARPZ. *in Iurispr. consist. lib. 2. def. 187. et 193.* cui subnexa sunt tribus diuersis in casibus responsa consistoriorum et prolixius in *praxi crim. part. 2. q. 63. n. 54. seqq.* [vt et *Iurispr. for. p. 4. const. 20. def. 12.* vbi et responsum eadem in causa

causa adducit. Nec robur habent argumenta a dissentientibus adducta, (1) quod cum sponsa ex hac causa, amissi pudoris, sponsum repudiare non possit; idem in vxore iuris admittere debeat maritus, quod in se putabat aequum *tot. tit. quod quid iuris.* Nimis enim lata, quae hoc inter vtrumque adest differentia, infra ostendenda; (2) quod non minores sint labes animi vitiati quam corporis, maritus autem si malæ frugis coniugem, haereticam, infidelem, atheam, perdite prodigam, alioue animi morbo, quem ignorabat, laborantem comperiat, repudiare idcirco non possit: nam vitium istud corporis hac in re longe grauius imo tacite exceptum habetur, cum qui cum ea, quae se pro virgine et intacta gerit, matrimonium contrahit, illud semper intelligatur factum sub conditione subintellecta: *si virgo fuerit*: (3) quod quisque debeat esse gnarus eius conditionis, cum quo contrahit; *l. 19. de R. I.* quia hoc fallit, vbi difficillime illa conditio sciri potest, nec superest facultas inquirendi a femina, an adhuc intacta sit, id quod regulae honestatis non permittunt: (4) quod per copulam omnes conditiones coniugiorum purificentur; *c. super eo. de eo qui cogn. vxor.* hoc enim generaliter sumtum falsissimum est, dum alias error quoque personae et dolus secuta copula tollerentur, et tantum intelligendum de conditionibus expresse adiectis. (5) Nec mouet vulgata illa regula: quod contractus, qui solo contrahuntur consensu, qualis etiam coniugium esse creditur, si semel fuerint perfecti, subsistant, nec amplius quacunque ex causa rescindi possint, dum regula illa vulgata adducta dolum excipit, quippe qui consensum excludit, nec vllam perfectionem contractus, in quo bona desideratur fides, continet. *l. 8. C. de iudic. admitt.* Denique (6) non nocet, vxorem vitiatam æque aptam esse ad mutuum adiutorium, ad liberos procreandos, atque

que mulier illaesae pudicitiae; adultera enim eadem haec praestare potest, et tamen in N. T. diuortium conceditur marito. Sententia vero hactenus a nobis defensa cum limitationibus quibusdam semper est intelligenda, scilicet vt solummodo indissolubile alias matrimonii vinculum resolui possit si probationes luce meridiana clariores defloratam pro virgine traditam esse testentur, quod et satis probant tria adducta responsa consistoriorum a CARPZOVIO *in Iurisprud. consist. lib. 2. def. 193.* Diuersa praeterea est ratio in vxore, quae ob stuprum a marito quondam perpetratum, quod demum in vxoris notitiam contracto matrimonio peruenit, recedere nequit. CARPZ. *part. 4. constit. 20. def. 13. in iurispr. for. part. 4. const. 20 def. 13.* vbi et affert responsum idoneum. HILLIGER. *ad Donell. lib. 13. c. 22. lit. a.* STRVVE *exerc. 29. th. 25.* Nec in sacris vllum vestigium reperitur, ex hoc capite diuortium permissum fuisse vxori, nec in legibus humanis haec facultas vxori conceditur: quod enim ius diuinum iubeat lapidibus obrui ab alio compressam, quae postea tanquam virgo nupsit alteri, si vir petat diuortium, *Deut. XXII.* id ad maritum extendi nequit, de quo nihil reperitur dispositum. Quamuis autem lex Mosaica iudicialis ad nos haud pertineat, exemplum tamen legis istius mouet conscientias, vt loquitur IOH. SCHNEIDEWIN *ad tit. I. de nupt. p. 4. n. 62.* Denique quia flos virginitatis foeminarum non virorum dos est, ideoque in virgine omnis formae, quantumuis amabilis, gratia perit, in qua vel semel tantum perit pudor; non ita in viro, cuius nulla corporis gratia commisso perit stupro, et in femina partus suppositio, adeoque sobolis incertitudo, magnae iniuriae toti familiae nedum marito per insitionem stirpis adulterinae, illatae, augent foeditatem, ob quas solum, sponsa ab alio stuprata, matrimonium dissoluendum, quae in fornicatione

ne mariti ante initum matrimonium perpetrata plane cessant.

§. XII. Sponsalia in gradibus iure diuino aut iure prouinciali positiuo prohibitis contracta, etiam hodie non subsistunt, non vero matrimonium de facto contractum et consummatum indistincte dissoluitur, etiam ex sententia Theologorum. vid. IOACH. a BEVST *de sponsal. et matrim. c. 25.* et BIDENBACH. *in tract. de matrim. c. 3. q. 5. §. 45.* Hos in pronunciando etiam secuti sunt scabini electoral. Lips. in casu, quo quis cum defunctae coniugis sororis filia nuptias celebrauerat *mense Iul. ann. 1664.* et rursus, vbi qui auunculi viduam in vxorem duxerat, *mense August. 1664.* quorum responsorum tenorem verbotenus CARPZOV. *in iurispr. forens. ad constit. elect. 23. p. 4. def. 11.* retulit. In eandem sententiam etiam transiit consistorium Dresdense *die 16. April. ann. 1585. et die 27. Martii 1618. et Mense Maio ann. 1614. et die 27. August. ann. 1630.* CARPZOV. *iurispr. consist. lib. 2. def. 100.* vbi pronunciatum consistorii Dresdensis refert, STRYK. *in V. M. lib. 23. tit. 2. §. 4.* vbi itidem responsum adfert. Licet enim Moses matrimonium interdicat in gradu prohibito, de facto tamen contractum consummatumque non disrumpit, sed solummodo poenam adiicit: *portabunt*, inquit, *ambo iniquitatem eorum, et sine liberis morientur. Leuit. XX.* Hoc tamen non extendendum est ad *ascendentes* et *descendentes* in linea recta, dum inter hasce personas coitus contra omnem pudorem et in tantum abominabilis, vt etiam irrationabilia quaedam animalia eum fugiant et auersentur, attestante Imperatore IVSTINIANO *in Nou. 12. c. 1.* cuius rei multa ANDR. TYRAQVELLVS *in l. 7. connub. n. 47.* PAVLVS CYPRAEVS *de iur. connub.*

Sponsalia in gradibus prohibitis contracta nec hodie subsistunt, facilius matrimonium.

connub. p. 2. c. 6. §. 1. n. 3. seqq. ex probatis auctoribus referunt exempla. IVSTINIANVS *d. nou.* eas *illicitas*, *contrarias naturae*, *incestas*, *nefandas et damnatas* vocat, vnumque verbum, inquit CYPRAEVS *d. §. 1. n. 2.* horrendas eiusmodi voluptates extinguit, cum id *nefarium* esse dicitur, *Deo inuisum*, *omnium flagitiorum flagitiosissimum*, quasi dicat, ipsius naturae vocem et sensum detestari eiusmodi *coniunctionem*. In rationes huius prohibitionis inquirens, hanc porro adfert, quod ratio doceat, cognationum gradus discrimen esse oportere, quae nulla esse possunt, si liberi cum parentibus commiscerentur. *d. l. n. 6.* Verissimam vero mandati rationem ipsemet legislator Deus addit *Leuit. XIIX. v. 7. et 10. quia turpitudo tua est*, ergo eiusmodi connubium dirimi debeat, praeeunte PAVLO, excommunicantem Corinthium, qui nouercam suam attigerat.

Sponsalia etiam hodie dissoluuntur ob mutatam religionem, non matrimonium.

§. XIII. Praeterea sponsalia hodie etiam dissoluuntur ob superuenientes causas, veluti ob superuenientem diuersam religionem, ethnicam, turcicam, iudaicam, et haeresin a christiana orthodoxa religione deflectentem et deuiantem. Quodsi post sponsalia inter personas rite contracta sponsus vel sponsa ad aliam religionem, in imperio tamen approbatam, transeat, grauius dubium circa dissolutionem sponsaliorum emergit, propter pacem religiosam de ann. 1555. et Osnabrugensem ac Monasteriensem de ann. 1648. secundum quas tribus hisce in imperio receptis religionibus aequa libertas pariaque tributa sunt priuilegia. Hac de causa CARPZOV. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 1. def. 7. et 8.* arbitratur, talia sponsalia minime esse dirimenda. Contrarium vero probat BECHSTADT *de conditionibus sponsaliorum part. 1. c. 10. p. 155.* BRVNNEMANN. *ad l. 16. C. de episc. n. 2. et seqq.* NICOLAI *de repud. part.*

part. 1. §. 2. n. 71. seqq. vbi etiam obiectioni ex pacificatione religiosa desumtae respondet, dicens: eam quidem locum habere, si vtraque pars diuersae iam religionis sponsalia contraxerit, non autem si talis mutatio post contracta acciderit sponsalia, quod admitto, cum notabilis mutatio, antea non praevisa, interuenerit. Matrimonium vero non dissoluitur ob diversitatem religionis, nisi malitiosa accesserit desertio, vt in consistorio Dresdensi pronunciatum fuisse, CARPZOV. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 12. def. 206.* refert.

§. XIV. Ceterum quod ius canonicum de *ingressu in monasterium* tradit, eique vim dissoluendi sponsalia, non vero matrimonium, tribuit, id videtur a moribus protestantium abhorrere, cum eiusmodi monasteria virginum non habeamus, in quibus votum castitatis edatur. Quid vero si nihilominus puella *votum castitatis* priuatim edat? quid si in conventum virginum protestantium se recipiat? an a sponso inde repeti potest? an vero sponsalia hoc modo, prout de iure canonico obtinet, impune dissoluuntur? posterius nego, prius vero affirmandum censeo. Maiorem perfectionem quaerunt pontificii in *conuersione et votis*, quae iuxta eorum sententiam minime impediri debet; imo maius vinculum in *votis* quam *sponsalibus* collocant, quod minus vinculum tollit. Hae rationes a protestantibus haud admittuntur. Nouimus, votum non valere in praeiudicium tertii, sed huius quoque consensum desiderari. Nullam in hoc quaerimus perfectionem, adeoque sponso ius quaesitum saluum manet, qui ad sponsalia consummanda agere potest. Quodsi sponsus post contracta sponsalia ordini Teutonico sese adiunxisset, et *votum castitatis*, id quod fieri necesse est, fecisset, maior dubitandi ratio subnascitur. Viuunt adhuc protestantes in hoc

Ob votum castitatis hodie non dissoluuntur sponsalia.

ordine legibus canonicis, adeoque vix est, vt sponsalia amplius subsistere possint. Quia tamen sponsa hoc modo laeditur, ad interesse ipsi superest actio, quae iure canonico deficit.

Hodie quoque priora sponsalia praeferuntur.

§. XV. Priora sponsalia nec hodie soluuntur per posteriora. *vid. ord. eccl. Sax. tit.* von Ehe-Sachen *sub puncto* von Ehe-Gelöbniß §. wann sich jemand mehr als eins verbündlich verloben würde, soll er schuldig seyn, die erste Person, damit er sich verbündlich verlobet, zu ehelichen, und so wohl auch die Person, so sich mit derselben anderweit verlobet, wofern sie vom ersten Verlöbniß Wissenschaft gehabt, anrüchtig seyn, und darüber mit Gefängniß oder sonst willkührlich gestrafft werden, quae verba etiam in *ordin. matrim. d. ann. 1624. punct.* 1. §. wann sich jemand, repetuntur. Hoc etiam obtinet hodie, licet iuramentum vel copula carnalis accesserit. Nec aduersatur, (1) sponsalia per copulam consummata carnalem longe fortiora esse de iure diuino solo consensu contractis, dum per copulam duo efficiuntur in carne vna. *Gen. II. v. 24. Matth. XIX. v. 1. 1 Cor. VII.* quae potissima est ratio, ob quam indiuiduum redditur matrimonium; *c. 10. de conuers. coniug.* posteriora enim sponsalia ob carnalem copulam vltra consensum intercedentem non maioris sunt firmitatis et roboris, quam priora, cum consensus non concubitus faciat nuptias, et regula, quod per concubitum sponsalia in matrimonium transeant, de *validis* intelligi debeat; in allegatis vero sacri codicis textibus supponendum, nulla priora praecessisse sponsalia. Hoc tamen intelligendum, si prior sponsa cum sponso, qui fidem rupit, in gratiam redire velit; hoc enim manifestum est, eam recte a sponsalibus resilire posse ob fidem sponsalitiam fractam, quorsum collineat

Saxon.

Saxon. ordin. eccles. tit. von Ehe=Sachen. punct. von Ehe=Gelöbniß §. würde sich aber die Person, so sich mehr denn eins verbündlich verlobet, mit der leztern Person fleischlich einlassen, so soll der ersten Verlobten unschuldigen Person nichts destoweniger freystehen, ob sie sich mit dem Verbrecher versühnen will ꝛc. quae sanctio repetita legitur in *ordin. matrim. de ann. 1624. punct. 1. §.* würde sich aber *iunct. §.* Es soll aber. Quodsi posteriora sponsalia per benedictionem sacerdotalem consummata, vt plurimum ex principiis iuris canonici afferunt, priora sponsalia esse extincta per superueniens matrimonium, ob textus *iur. canon. cap. praec.* allegatos, quos BERLICH. *part. 4. concl. 28. n. 67.* adeo claros esse dicit, vt sacrilegii instar videatur, contra illos disputare, et merito secundum eos in consistoriis debeat pronunciari. Verum nimis superstitiose inhaerent dissentientes principiis iuris canonici, quod ideo posteriora sponsalia *de praesenti*, vel copula sacerdotali firmata, praefert, quia iam sacramentum matrimonii huic posteriori coniunctioni inesse fingitur, quod deficit in solis sponsalibus. At vero nostrates hoc principium repudiant, reprobant, reiiciunt. Cur ergo in conclusione subsisterent? Hierologia non facit matrimonium, sed consensus legitime interpositus, qui hic interponi a sponso nequit, ob ius priori sponsae quaesitum, conf. STRYK. *de dissens. spons. sect. 4. §. 6. et 7.* Praeterea non agnoscimus legitimum matrimonium, nisi quod nuptialis consensus legitime et sine praeiudicio tertii interpositus in facie ecclesiae firmaverit, quod trinae praecesserint denunciationes, et cui benedictio accesserit sacerdotalis. Clanculariae autem copulationes sacerdotales huc non pertinent. Ceterum si trina praecessit proclamatio, et tamen prior sponsa haud compareat, eam, contracto matrimonio cum posteriori, praeclusam esse, omnino asserendum est. Praetera haud attendendum,

dum, quod ius canonicum de praeferentia ſponſaliorum de praeſenti, etiam poſteriorum, in *c. 31. X. de ſponſal.* tradit. Omnia enim noſtra ſponſalia, quibuscunque verbis concepta de *contrahendo* accipienda *coniugio*, nulla de praeſenti matrimonio in ſenſu iuris canonici. Ergo ſi ius canonicum ſequendum, id, quod de ſponſalibus *de futuro* aſſerit, noſtris applicandum eſt ſponſalibus.

Sponſalia quoque hodie ſub conditione fiunt non matrimonium.

§. XVI. Sponſalia hodie etiam ſub conditione honeſta iniri poſſunt, veluti ſub conditione bona reſpiciente: qua deficiente, diſſoluuntur. CARPZ. *iurisp. conſiſt. lib. 2. def. 20. et 22.* vbi pronunciata conſiſtorii Dresdenſis refert. STRYK. *in V. M. lib. 23. tit. 1. §. 20.* vbi et reſponſum cum rationibus dubitandi et decidendi addit. Recte vero STRYK. *cit. l. §. 21.* contra CARPZOVIUM defendit, ſponſalia ſub conditione turpi vel impoſſibili contracta etiam hodie, vt iure Romano, plane eſſe invalida, quae a nonnullis propter *c. vlt. X. de condit. appoſ.* pro non adiectis habentur, id quod rationem non habet, vt plenius docet LUDOVICI *diſſ. de condit. ſponſal.* Sane matrimonio contracto et conſummato, nulla amplius vis eſt conditionis, ſub qua nec inter proteſtantes matrimonium iniri poteſt, maxime ſi eſſet conditio reſolutiua, quae tantum admittitur in negotiis priuati arbitrii, non iis, quae indiſſolubilia ſunt.

Etiam ob alias cauſas ſupervenientes ſponſalia hodie diſſolvuntur, quae non ſoluunt matrimonium.

§. XVII. Sponſalia etiam hodie ſolui ob inſignem bonorum iacturam, quam infamia comitatur, veluti ob ceſſionem fori et ſimpliciter bonorum, vel ſi dos promiſſa non amplius extat, minus dubii habet, cum iuris canonici rationes in ſana ratione fundatae ſint, quas merito ſequimur. Si-

mi-

militer etiam inter nos ſponſalia diſſoluuntur ob crimina non capitalia, minime vero matrimonium, vt CARPZOV. *in Iurispr. conſiſt. lib. 2. tit. 11. def. 203.* pronunciatum in conſiſtorio Lipſienſi et Dresdenſi refert. Vlterius ſponſalia etiam inter nos diſſoluuntur, ſi quis cognovit conſanguineam ſponſae, ob affinitatem contractam, niſi (1) innocens nocenti gratiam facere et (2) princeps diſpenſare velit, prout in caſu, quo ſponſus poſt concubitum cum ſponſa ſua, impraegnauerat duas ſponſæ ſorores et dubitabatur, an diſpenſatione principis ſponſam ducere poſſit? reſponſum eſſe ab illuſtr. Facult. iurid. huius loci mihi Dn. PRAESES retulit. Ceterum ſi ſuperuenerit contracto matrimonio affinitas per illicitum concubitum, diſtinguendum eſt: vtrum coniux innocens petat diuortium, nec ne? priori caſu omnino diſſoluendum eſt matrimonium ob adulterium, quod cohaeret inceſtui, quod diuortium totale non quidem pontificii, bene tamen noſtrates, agnoſcunt et recte decernunt. Poſteriori vero matrimonium manet integrum ſaluumque, nec, quod pontificii de non petendo debito coniugali addunt, attendimus, ſcientes, durante matrimonio ius petendi hoc debitum vtrique ſaluum eſſe. Porro ſponſalia hodie ob ſtuprum etiam, plane violentum, ob inimicitias capitales, morbos contagioſos et incurabiles ſuperuenientes vt et impotentiam, furorem, deformitatem ſuperuenientem diſſoluuntur, vt pronunciatum in conſiſtorio Dresdenſi, teſte CARPZOV. *in iurispr. conſiſt. lib. 2. tit. 10. def. 175. 176. 180. 181. 182.* neutiquam vero matrimonium, teſte EODEM cit. l. *def. 200. et 202. et in iurispr. for. part. 4. conſt. 20. def. 11.* vbi et conueniens adducit reſponſum.

§. XVIII.

Hodie quoque sponsalia a matrimonio differunt quoad effectus diversos:

§. XVIII. Quod ad diuersos attinet effectus, moribus nostris etiam non ex *sponsalibus* sed ex *matrimonio perfecto* marito acquiritur potestas in vxorem, vt de iure Romano. Ius tamen Germanicum a iure Romano nouo in eo differt, quod hoc quidem marito tribuatur potestas in vxorem, non tamen tanta, vt patriam tollat potestatem: *l. 2. §. 1. in fin. solut. matrim. l. 20. D. ad L. Iul. de adult. l. 20. D. solut. matr. l. 15. D. de collat. tot. l. 18. pr. C. de nupt.* illo vero ita filia in maritalem per nuptias transeat potestatem, vt a patria liberetur, quod ex *speculo* colligi potest *Saxon. l. 1. art. 45.* vbi dicit: **und obwohl ein Mann seinem Weibe nicht ebenbürtig, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genoßin, und tritt sie in sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt.** Et moribus non tantum Germanorum sed et Belgarum, Hispanorum, Gallorum, Lusitanorum id receptum esse multis Doctores probant testimoniis, IO. SANDE *l. 2. decis. Fris. tit. 7. def. 5.* BERLICH. *p. 2. concl. 11. n. 33. seqq.* MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 1. tit. 3. n. 25.* CARPZOV. *p. 2. const. 10. def. 2.* HERING. *de fideiuss. c. 7. n. 62. seqq.* Eodem autem rigore, quo olim apud Germanos, hodie potestas maritalis in vxores exerceri amplius non potest, adeo vt mores Germanorum cum iure Romano nouiori quam optime conueniant, vti colligitur ex dicto CATONIS: *Mulierem verberare sacrilegii instar est, et maiore laude dignus est, qui se bonum maritum vxori exhibet, ac in Deorum templa i. e. vxorem et liberos manus non infert, quam si senatorio ordine magnus habeatur.* PLVTARCH. *in vita Caton. maior.*

maxime quod hodie non sponsalia sed matrimonium soluat patriam potestatem.

Differentia ab acquisitione per vxorem facta.

§. XIX. Vlterius sponsa suis sponso non acquirit operis, sed potius sibi operatur, sibi laborat, sibi tantum agit, nec ad sponsi oeconomiam instruendam tenetur. Vxor vero marito

to moribus quoque nostris, inprimis iure Saxonico et Lubecensi, eodem modo, vt in *capite I.* de iure Romano euictum, obligatur ad operas, testante B. Dn. STRYK. *in V. M. tit. de rit. nupt.* §. *65. 81.* vnde et iure Saxonico lucra constante matrimonio vtriusque coniugis industria quaesita inter eosdem non communicantur, vt quidem perperam existimarunt, ex eo quod in *artic. 31. lib. 1. iuris prouinc.* coniuges dicantur bona possidere *indiuisa*, et practici asserant: Mann und Weib haben kein gezweyet Gut, sed soli relinquuntur viro, nec vxoris haeredibus aliquid exinde cedit. Suadet id haec iuris ratio, quod maritus solus matrimonii supportet onera, vt *caput*, vt *princeps familiae*, praecipuam pro re domestica impendat operam, vxor saltem, vt sacra loquitur scriptura, sit *auxiliatrix*, mariti cura sollicitaque industria alenda, vestienda, defendenda, ergo merito etiam praerogatiua circa acquisita frui debeat. HEIG. *p. 1. q. 30. n. 13. seqq.* Porro multa incommoda ex acquisitorum communicatione marito totique familiae imminere asserunt, quod, ea admissa, inter coniuges separatio, ex vna duplex familia, mariti ad rationes vxori aut eius heredibus reddendas obligatio et infinita litigiorum seges enascantur. Denique durissimum esse videtur, vxoris heredes ex mariti laetari sudore, illumque a sui laboris arcere fructu. Latissime hanc sententiam propugnat HEIGIVS *part. 1. q. 21. n. 7.* et quod supra *de indiuisis coniugum habetur bonis in d. art. 31. lib. 1.* Landrecht, duntaxat quoad communem possessionem, administrationem, vsum, vsumfructum et sustentationem, non vero etiam quoad negotiationis emolumentum ac quaestum inter coniuges diuidendum intelligit, conf. MATTH. COLER. *p. 1. dec. 61. n. 11.* CARPZ. *in iurispr for. p. 3. const. 25. def. 9. 10. 11.* P. HEIGIVS

p. 1. q. 29. n. 31. Ita plerique practici Saxonicum ius intelligere solent, qui, an verum eius tangant sensum, vel inde dubium est, quod iure Germanico bonorum vera communio inter coniuges fuerit, cuius varia vestigia et rudera hinc inde in iure prouinciali conspiciuntur. Quicquid sit, constat, multis in locis saluam adhuc esse bonorum communionem, qua supposita, haec obseruatio euanescit. Imo sunt plura quoque statuta locorum, quae aperte ius Romanum tollunt et acquaestum coniugalem diuidendum esse inter coniuges statuunt, de quibus vid. L. B. de LYNCKER. *dissert. de acquaest. coniugali.* HEESER. *de commun. bonor. p. 1. loc. 8.*

Sponsa illicite concumbit cum sponso, non maritus cum vxore.

§. XX. Sed pergo ad alias differentias, quae itidem moribus nostris inter protestantes ex iure canonico et Romano supersunt. Sponsa enim non obligatur ad concubitum, vti quidem vxor, imo plerumque ordinationes nostrae ecclesiasticae concubitum inter pure sine vlla conditione aut dilatione desponsatos ante copulam et benedictionem sacerdotalem sub poena *poenitentiae ecclesiasticae*, mulctae pecuniariae, carceris ad aliquot dies, imo alia poena mitiori, quam stupri, arbitrio iudicis relinquenda, prohibent, vid. *ordin. eccl. Sax. tit.* von Ehe-Gelöbniß *rubr.* von Straff der Unzucht und des Ehebruchs in pr. iuncto §. da aber eine ledige Manns-Person vid. CARPZOV. *in iurispr. Consist. lib. 2. def. 132.* vbi et pronunciatum consistorii Dresdensis refert CARPZOV. *in iurispr. for. p. 4. consist. 27. def. 11.* Excell. Dn. BODIN. *de anticip. connub.* Ideo autem speciem poenitentiae ecclesiasticae his, qui anticipant concubitum, imponunt, quia stupro eum aequiparant, id quod tamen satis durum dictu est.

§. XXI.

§. XXI. Quae supra ex iure ciuili et canonico adducta sunt de obligatione vxoris sequendi maritum, etiam relegatum, de dignitate, foro et domicilio mariti vxori communicatis, vix hodie discrepantem praxin inter protestantes habent, et sic quoque adhuc moribus in his iuribus sponsam ab vxore distinguimus. Nam 1) nec hodie sequitur sponsa forum sponsi, sed demum nuptiis contractis, LAVTERBACH. *ad tit. de rit. nupt. §. 88.* proinde si sponsa sub iurisdictione oppidana degens, post contracta sponsalia cum ministro ecclesiae, conueniatur, coram magistratu oppidano conueniri debet, adeo vt in hoc foro lis coepta continuanda sit, etiam postquam per matrimonium in forum mariti transiit, ob litis pendentiam, quae citatione rite insinuata fundata est, *clem. vn. vt lit. contest.* 2) Etiam hodie pactum sponsi cum sponsa initum valet, ne sponsus ad aliud forum post contractum matrimonium se transferat. IDEM *cit. l. §. 89.* Vxor quoque 3) tenetur maritum relegatum sequi ex rationibus et limitationibus supra adductis. RICHTER *decis. 9.* CARPZ. *pr. crim. qu. 130. n. 44. seqq.* LAVTERBACH *cit. l. §. 90.* Vagum vero 4) sequi non tenetur, si maritus hoc vitae genus demum contractis nuptiis elegerit: secus si ante matrimonium initum iam talis fuerit, et sponsa scienter cum eo celebrauerit sponsalia. LAVTERBACH *cit. l. in fin.* Denique etiam hodie 5) sponsa non sequitur dignitatem sponsi, bene tamen vxor mariti, nisi 1) inter illustres matrimonium ad *morganaticam* initum fuerit, quod impedit, ne vxor inferioris dignitatis mariti radiis corruscet, vid. LINCK. *de matrim. sub lege sal. contract.* 2) Inter illustres filia maioris dignitatis nubat inferiori, quo ipso non amittit dignitatem natiuam, nec sequitur statum mariti. Sic filia principis, quae nubit comiti titulum *principis* cum praedicato *serenissimae* retinet. LAVTERBACH *cit. l. §. 87. in fin.*

De obligatione vxoris sequendi maritum.

§. XXII.

Vxor hodie transfert fructus dotis in maritum, non sponsa in sponsum.

§. XXII. Moribus quoque nostris sponsus dotalium bonorum sponsae dominium ac vsumfructum regulariter non habet, secus ac maritus. Vnde etiam is tantum onera tributorum subire tenetur. FRANCISC. VIVIVS *dec. 535. n. 5.* HARTM. PISTOR. *obs. 5.* FAB. DE ANNA *consil. 3. n. 30.* et vsurae dotis non solutae ab ipso demum nuptiarum die debentur, si pater sponso dotem promiserit, dum is dotem promittens ex ipso nuptiarum die moram facere intelligitur, et ideo ad vsurarum se obligat praestationem, licet non sint in stipulatum deductae; necesse enim est, ibi dotem aut saltem dotis esse fructum, vbi matrimonii sunt onera, nec prioris dotis marito debentur fructus. CARPZ. *in iurispr. for. p. c. 3. 23. def. 4.* vbi conueniens adducitur sententia. Si autem extraneus doti soluendae breuiorem non dixerit diem, vsurae quasi ex mora, priusquam biennium praeterierit, non debentur iure Saxon. per *const. elect. 42. def. 4.* Imo ideo maritus hodie quoque vxori, non vero sponsus sponsae, alimenta praestare tenetur: Landrecht, *art. 45.* Ampliationes et limitationes videri possunt apud COLER. *de alim. l. 1. c. X. et* P. SVRDVM *de alim. tit. 7. qu. 17.*

An hodie donationes inter desponsatos factae reuocentur alterutro mortuo.

§. XXIII. Porro differentia ex donatione intuitu futuri matrimonii facta, non secutis forte nuptiis *c. 1.* adducta, non indistincte hodie attenditur. Differentia quippe est inter *arrhas sponsalitias*, quae dantur in ipso desponsationis actu, et *sponsalitiam largitatem*, quae postea inter desponsatos interuenire solet. Illas sibi vindicant hodie plerumque consistoria, si lite super sponsalibus orta, tandem iudiciali sententia dissoluuntur. Si morte alterutrius matrimonium sequi non potest, existimarem, etiam hodie tam *arrhas* quam *sponsalitiam largitatem* repeti posse, quippe quae ex natura sua

fiunt

fiunt sub conditione tacita: si matrimonium interuenerit, quibus non secutis, quod datum est, iure repetitur. Ceterum distinctionem iuris Romani ab interueniente *osculo* desumtam, mores nostri haud agnoscunt, qui tantum osculis pretium haud constituerunt, nec philosophiam, maxime in oriente olim vsitatam, vnquam recipi passi sunt, dum non amplius osculo pro parte delibatam ac diminutam sponsae pudicitiam esse, neque sic consensum quodammodo declarasse coniugalem credamus, eaque propter nec nuptiae censeantur consecutae aut perfectae. Nec enim ea concubitus indicia aut coniugii futuri praesagia, nec semper lasciuientis animi signa aut praenunciae flagitii habentur, sed tanquam pacis et concordiae ligamina dari et accipi absque animo luxurioso creduntur. Legis ergo ratione cessante, cessauit quoque dispositio, et id, quod propter spem futuri matrimonii sed non secuti datum, sponsa minime lucratur, licet osculo sit excepta, vt testantur plerique interpretes, GRÖNEWEGEN *ad l. 16. C. de donat. ante nupt.* LAVTERBACH. *disp. de donat. propter nupt.* MENCKEN *tract. D. synopt. de sponsal. p. 340.* HVBER. *praelect. ad D. de iur. dot. n. 20.* GRVBEN. *Comment. ad d. l.* STRYK. *in tract. de diss. spons. sect. 1. §. 28.*

§. XXIV. Coniuges quoque hodie, cognatis omnibus deficientibus, in vniuersa bona, beneficio bonorum possessionis *vnde vir et vxor*, (dum omnia statuta, quae de successione coniugum per totam fere reperiuntur Germaniam, de *particulari* tantum disponunt successione,) hodie etiam sibi succedunt, STRYK. *de success. ab intest. diss. 4. c. 1. §. 4.* KOHL. *de success. coniug. p. 1. n. 5.* nisi constitutione prouinciali aliud cautum, vt in *const. March. tit.* Erb-Fall zwischen Ehe-Leuten, reperitur. So aber kein angesipter Freund da wäre, *Successionis praetorinae coniugum vsus.*

 dann

dann nimmt das halbe Theil der Herrschafft. Sponsus vero et sponsa illo in casu hodie etiam sibi inuicem non succedunt, cum nondum dici possunt *vir* et *vxor*, quod ius praetorium desiderat. LAVTERBACH. *in colleg. pract. part. 2. p. 1331. §. 44. et ad tit. de sponsal. §. 35.* KOHL. *de success. coniug. p. 1. n. 17.* Sponsam impraegnatam itidem excludunt, ne meliori conditione habeatur, quae contra ecclesiae decreta peccat, quam quae iis paret, BERLICH. *p. 3. concl. 25. n. 37.* nec iustum et legitimum matrimonium, quod in illa requiritur successione, commixtione carnali, ante copulationem ecclesiasticam siue sacerdotalem et diem nuptiis solennibus destinatam; sed ea demum accedente fit, quamuis copula carnali haud firmatum sit, et quamuis conscensio thalami non accesserit, quae demum ad effectum successionis statutariae necessaria, et non ad hanc *vniuersalem* extendenda. Licet enim de *iure canonico* talia sponsalia concubitu firmata pro *matrimonio* accipiantur, id tamen non in vniuersum, sed maxime intuitu *vinculi* accipiendum, cum adhuc desiderentur *publicae solennitates*, vt tale matrimonium *iustum* dicatur.

De hypotheca tacita in dote.

§. XXV. Sponsae, si dotem forsan ante contractum numerauerit matrimonium, hodie, etiam iure Saxonico, nequaquam ius tacitae hypothecae in sponsi bonis competit, HARTM. PISTOR. *obseru. 110. n. 7.* quamuis priuilegium, vt *personalibus* saltem praeferatur creditoribus, ei non sit denegandum, HARTM. PISTOR. *obs. 120. n. 8.* CARPZOV. *in iurispr. for. p. 2. c. 24. def. 5.* vbi et responsum affert hac de materia. Vnde et iure Saxonico a die nuptiarum, vbi nempe matrimonium per copulam seu benedictionem sacerdotalem consummatum, subsecuta licet non statim thalami conscensione, incipit priuilegium *tacitae hypothecae* (quae muli-

eri

eri in bonis mariti ratione dotis illatae competit) ac *ius praelationis*, ratione *dotis* per *constit. elect. Saxon. 24. p. 2. verb.* von der vollzogenen Ehe, und also wenn der Kirch-Gang geschehen *tit. 43. verb.* welch der Weiber CARPZ. *in Iurispr. for. part. 2. const. 24. def. 1. et p. 3. const. 29. def. 10.* et in *Iurispr. consist. lib. 3. tit. 5. def. 57.* CHRISTOPH. ZOBEL. *part. 2. diff. 49. n. 8. seqq.* IAC. THOMING. *dec. 36.* HARTM. PISTOR. *obs. 110. n. 4.* et licet dos antea promissa, non in ipsa nuptiarum die, sed longe post contractum demum numeretur matrimonium, imo etsi mulier simpliciter ac sine dotis promissione nupserit, eaque longe post constituta fuerit, nihilominus a praedicto tempore priuilegium dotis incipit. BOER. *dec. 331. n. 3.* BERLICH. *part. 2. concl. 30. n. 4.* CARPZOV. *part. 2. c. 24. def. 1.* vbi praeiudicium habet, et *def. 2.* docet, quod in DOTALITIO quoque ius *tacitae hypothecae et praelationis* incipiat a tempore copulationis per sacerdotem factae. Idem quoque in aliis locis obtinere, quotidiana rerum obseruantia testatur, et quamuis, prout *c. 1. §. 22. p. 48. seq.* obseruaui, dissentientes in puncto iuris non desint, his tamen ibidem satisfactum.

§. XXVI. Beneficium non perdere clericum contrahentem sponsalia, secus vero nuptias, *capite antecedente* dictum est. Hoc vero discrimen inter protestantes prorsus cessat, quippe qui matrimonia clericorum optimo iure admittunt et defendunt. Vsum tamen hoc discrimen haberet in illis beneficiis, quae alicui sub *conditione coelibatus* data, et in cuius susceptione promittere debuit, se, electo matrimonio, resignaturum esse. Tale enim pactum etiam inter protestantes valere, pluribus euicit Dn. PRAESES *in iur. eccles. prot. lib. 3. tit. 3. §. 26.* Hoc posito, euidens est, talem praebendatum

Clericus contrahens matrimonium inter protestantes non amittit beneficium.

tum non amittere beneficium per ſponſalia, ſed demum per *matrimonium* contractum.

Differentia ratione actionum.

§. XXVII. Sponſalia a matrimonio moribus noſtris etiam differunt ratione *actionis*; diuerſiſſima enim eſt iure Germanico actio, quae ex *ſponſalibus* oritur ab ea, quae ex *conſummato matrimonio*. Nam noſtro iure, quia maior *pactorum* moribus Germanorum quam Romanorum fides, vti ex omni pacto honeſto ac deliberato naſcitur obligatio et actio, ita pariter ex *pacto ſponſalitio* validiſſima, et ſi non *ex ſponſu*, tamen oritur actio ſiue *imploratio* conſiſtorii pro matrimonio conſummando, quae *ſummario proceſſu* expeditur iuxta indolem proceſſus conſiſtorialis in cauſis eccleſiaſticis, vel quae pro talibus habentur; imo ſi pars retractans latitat, immiſſionem in bona ſponſi impetrat ſponſa; ſin praeſens et concubitus aut impraegnatio acceſſerit, inuitus quoque copulatione eccleſiaſtica ad conſummationem compellitur matrimonii; ſi vero et hanc detrectauerit rationem, mulcta, carcere, relegatione punitur, et ſponſa nihilominus tandem in bona relegati immittitur et vice verſa. Vid. Dn. PRAES. *diſſert. de matrim. coact. c. 2. in fin.* Ex nuptiis vero oritur imploratio ad praeſtandum debitum coniugale, et deinde, ſi tanta ſit malitia, vt aufugiat penitus, vel maneat quidem, ſed tamen praefracte praeſens denegat debitum coniugale, nec miniſterii ſeueris admonitionibus, nec magiſtratus minis ciuilibusque poenis emendari poſſit, alterique coniugi nulla imputari poſſit culpa, ob quam denegatio debiti facta, actio et proceſſus deſertionis inde pro ueniens diuortii gratia inſtitui poteſt, imo diuortium etiam conceditur, etiamſi femina praetextu diuerſae religionis amplexus maritales auerſari incipiat. Reſponſa quaedam vid. apud STRYK. *in tract. de diſſ. ſponſ. ſect. 6. §. 21. 22.* vbi et totum proceſſum inſtruit in hac materia.

§. XXVIII.

§. XXVIII. Porro ratione *accidentium* sponsalia et matrimonium, vti in iure Romano, hodie quoque differunt; sponsalia enim moribus nostris etiam pure et conditionaliter contrahi possunt. Dissentiunt quidam, putantes, sponsalia nostra duntaxat in diem vel *certum* vel *incertum* contrahi posse, non vero pure vel sub conditione. Non pure, dum statim pure promissum peti potest. Sponsa autem, nisi post aliquot tempus, iure diuino et moribus nostris (quibus promissarum nuptiarum festiuitas fieri nequit, nisi post aliquot septimanarum a die sponsionis moram) peti non possit; non sub *conditione*, quia promissio conditionalis suspendit obligationem ac incertum relinquit, vtrum res debeatur nec ne, quoniam in incerti casus euentum obligatio collata est. *l. 6. 4. D. d. V. O. §. 4. I. eod.* Sponsalia vero iure diuino obligationem pariunt, vt sine adulterii crimine sponsus alteram ducere et sponsa alteri nubere non possit. Verum quod ad primum attinet, cum dicitur, sponsalia pure contrahi posse, id non intelligendum, vt quoties id fit, statim ipsa nuptiarum celebratio, cum coniunctione corporum peti possit, sed potius vt rata sit obligatio et actio ad expedienda ea, quae praecedere nuptias solent, vt sunt denunciationes ad celebrandas nuptias ac constituto legibus tempore perficiendas, idque ex ipsa mente sponsorum, qui secundum leges matrimonio coire cogitarunt. Inest etiam sponsalibus puris ex natura rei praestatio *futura*, dum in futurum promittitur matrimonium, adeoque ex natura sua dilationem et tempus quoddam incertum habet. Sic pure facta stipulatio dici potest: *Carthagini dare spondes?* quamuis re ipsa habeat tempus adiectum, quo promissor vtatur ad pecuniam Carthagini dandam; *§. 5. I. de V. O.* id enim non rei substantiam, sed solam executionem respicit, et si quis confestim agere potest, vt ea

Differentia ratione accidentium.

fiant, per quae peruenitur ad id, quod petitur, et sine quibus consequi nequit, is certe pure obligatum habere sponsorem dici potest. Similiter et conditio non resistit naturae sponsaliorum, quae iure diuino non prohibente dependent ex voluntate paciscentium.

Diuersa hodie est solennitas in sponsalibus et nuptiis.

§. XXIX. Sponsalia etiam hodie nudo consensu quibusdam in locis perficiuntur: in plerisque tamen ordinationes ecclesiasticae solennitatem, sed tamen plane diuersam a *solennitate matrimonii*, requirunt. Nam secundum plerorumque locorum ordinationes consistoriales ad sponsaliorum validitatem *testes* requiruntur, adeo vt neglectis illis neutiquam ea subsistant, sed ipso iure sint nulla. MEV. *ad ius Lubec. lib. I.* CARPZ. *iurispr. consist. lib. 2. def. 32. 33. in iurispr. for. p. 4. c. 20. def. 7.* In *ordin. elect. Saxon. tit.* von Ehe-Sachen *rubr.* von Ehe-Gelöbnissen ita sancitum reperitur: wo auch zwey Personen, so beyderseits keine Eltern haben, sich ohne jemands Beysenn mit einander in Ehe-Gelöbniß eingelassen, so soll dasselbe vor ein heimlich Gelöbniß gehalten, und ob sie sich beyderseits gleich dazu bekennen, vor unbündig erkandt werden. Similiter *in renouata constitutione* von Verlöbniß und Ehe-Sachen. §. *II.* ibi: anlangend diejenigen Personen, so beyderseits keine Eltern haben, jedoch aber sui iuris et maiorennes seyn, soll deren Verlöbniß, wenn selbiges ohne jemandes Beysenn getroffen, auch vor ein heimliches Verlöbniß gehalten, und vor unbündig erkandt werden. In *ordin. Magdeb. c. 37.* von Ehe-Gelöbniß §. wann zwo Personen, welche ihrer Eltern durch den Tod beraubet worden, auch nicht mehr unter der Vormundschaft seyn, sich ohne jemandes Beyseyn oder auch nur in Gegenwart eines Zeugens mit einander in Ehe-Gelöbniß einzulassen sich unterfangen würden, so soll

soll dasselbe für ein heimliches ungültiges Verbündniß ferner gehalten, und, wann sie sich schon beyderseits dazu bekennen, dennoch sofern unkräftig seyn, daß beyde Personen solch ihr Fürhaben durch öffentlich Verlöbniß vor zweyen ehrlichen Mannes-Personen freywillig erweitern und bekräfftigen. In *renovata ordin. de ann. 1693. Ducum Brunsuicens.* wann sie keine Eltern oder Vormünder haben, sollen sie zum wenigsten in Gegenwart einiger ihrer nechsten Anverwandten, und auch dreyer oder zweyer ehrbahren Männer und Zeugen, die Leute aber auf dem Lande mit Zuziehung ihres Pastoris und Seelsorgers in einige Verlöbniß sich einlassen, da aber etwa aus erheblichen und unabwendlichen Ursachen mit der Verlobung geeilet, und der Anverwandten Vormünder oder des Priesters praesentia und Anwesenheit nicht erwartet werden mögen, so soll dennoch, so bald als möglich, und zum längsten innerhalb 14. Tagen denenselben, wie auch der Obrigkeit des Orts in Gegenwart und mit Benennung der Zeugen davon eröffnet und Nachrichtung gegeben, und deren und der Obrigkeit Einwilligung eingeholet werden. Vnde sedulo quoque hodie cavendum ne *tractatus praecedentes* cum ipsis *sponsalibus rite celebratis* confundamus. Illi quippe nondum perfectam obligationem inducunt, cum sponsalia rite celebranda iuxta præscriptum legum ecclesiasticarum adhuc supersint, quod discrimen pluribus explicuit THOMASIVS *diss. de pact. futur. spons.* Matrimonium vero in tota Germania ex perpetua ecclesiae traditione et constanti moris huius in hodiernum diem obseruatione et retentione non aliter legitimum, firmum, ratum et consummatum habetur, nisi, loco solennis apud Romanos in domum deductionis, accesserint solennes denunciationes et proclamationes ex suggestu publico in ecclesia factae. vid. Churfl. Sächs. Kirchen-Ordnung *artic. gen. 13.* Es sollen. *Item* Ehe Ordnung

p. 5. §. so dann die neue. His sane, si solo consensu sponsalitio vel aliis quibusdam solennitatibus verum et perfectum iam contractum esset matrimonium, minime opus foret, omnique proclamatio destitueretur effectu; frustra enim auditores admonerentur, vt si quis legitimas contradicendi haberet causas ad impediendum matrimonium, illas tempestiue, ante diem scilicet nuptialem, allegaret, cum res adhuc integra sit, sub poena perpetui silentii, vt indicat formula proclamationis consueta. So nun jemand zu finden, der in das getroffene Ehe-Gelöbniß etwas recht beständiges einzuwenden, der melde sich bey Zeiten; oder enthalte sich darnach alles Einspruchs. Vnde contingere potest, vt tertius interueniat, nec solum impedimenta alleget, verum etiam in progressu caussae, adhibitis legitimis probationibus, id praestet, vt dissolutis prioribus sponsa ipsi adiudicetur, vid. *ordin. elect. Sax. eccles. tit.* von Ehe-Sachen §. von Ehe-Gelöbnissen. *verb.* wenn sich jemand etc. *et ordin. matrim. p. 1.* §. Wann sich jemand, LVTH. von Ehe-Sachen *art. 3. Tom. 5. Altenb. p. 381.* et apud DEDEKENNVM *vol. 3. l. 2. sect. 8. n. 4.* BERLICH. *p. 4. concl. 28. n. 63.* CARPZ. *in iurispr. consist. lib. 2. tit. 4. def. 63.* CHRISTIN. *de iur. matrim. diss.* 1. *p. 26.* Si nullus contradictor post tria banna compareat, accedit benedictio seu copula sacerdotalis, vtpote quae de iure et consuetudine omitti non potest ac debet, vel saltem ex iussu ecclesiae sub poena arbitraria. Patet quoque ex interrogatione sacerdotis ad neogamos, quando coram ecclesia aut in praesentia testium ecclesiam repraesentantium per benedictionem copulantur sacerdotalem, sponsum et sponsam hodie nondum esse coniuges, dum non, an coniuges facti sint? sed an coniuges inuicem fieri velint? ob eins das andere zum ehelichen Gemahl haben wolle, nicht, ob sie einander schon zum Ehe-Gemahl genommen

men

men haben, interrogantur, qua responsione interueniente, demum solenniter et publice declaratur consensus coniugalis, matrimonium ipsum constituens.

§. XXX. Poenae *binorum sponsaliorum* et *binarum nuptiarum* hodie etiam diuersae sunt. Moribus enim nostris bina sponsalia contrahens tenetur ad poenam fisco exsoluendam, imo actione iniuriarum a persona, cui fides non seruatur, instituenda, et ad sumtus tam in sponsalibus contrahendis nuptiarum praeparatoriis, quam in lite prosequenda factos restituendos. BEVST. *de sponsal. c. 15.* COTHMANN. *vol. 1. respons. 10. n. 253. seqq.* CARPZOV. *in iurispr. pract. consult. lib. 2. tit. 4. def. 64. n. 6.* Iure Saxonico elect. aliisque iuribus infamia, aliisque poenis arbitrariis punitur; nempe interdum suspensione temporali a fideiussione sacra in baptismo et conuiuiis nuptialibus, item poena pecuniaria et carceris, imo si contra expressam magistratus prohibitionem sponsalia consummata, aut impraegnatio facta sit, innocensque fidem fractam condonare nocenti nolit, numellae vel relegatio temporalis, aut perpetua pro diuersitate ordinationum prouincialium et circumstantiarum statuta est. vid. *ordin. elect. Saxon. eccles. tit.* von Ehe-Sachen *sub puncto* von Ehe-Gelöbnißen §. wann sich jemand mehr dann eins verbündlich verlobt zu ehelichen, und sowohl auch die Personen, so sich mit derselben anderwerts verlobet, wofern sie vom ersten Verlöbniß Wissenschafft gehabt, anrüchig seyn, und drüber mit Gefängniß oder sonst willkührlich gestrafft werden. PISTORIS *vol. 2. consil. 42. n. 27. seqq.* BERLICH *P. 4. concl. 28. n. 53. seqq.* CARPZOV. *in pract. rer. crim. p. 2. q. 67. n. 11. seqq.* RICHTER. *vol. 2. cons. 425.* CARPZOV. *in pract. rer. crim. p. 2. q. 77. et in Iurispr. consist. lib. 2. tit. 4. def. 63. Cypr. cap. 10. §. 25. num. 12.* Sunt quidam, qui poenam bigamiae etiam ad

Diuersitas poenae in binis sponsalibus et bigamia.

ad hoc crimen binorum ſponſaliorum extendendam eſſe putant quia ſponſa vxoris appellatione, ſponſus mariti nomine ſaepiſſime veniunt. Sed cum hoc erroneum et praeterea totius fere Germaniae conſuetudine introductum, vt ſponſalia non niſi poſt nuptias et benedictionem vel copulam ſacerdotalem pro vero habeantur matrimonio, ideo nec poena bigamiae ad binorum ſponſaliorum crimen extendendam eſſe, latiſſime demonſtrat CARPZ. *pract. crim. p. 2. q. 97.* Binas itaque nuptias contrahens ex conſtitutione Carolina *artic. 121.* poena adulterii, imo fere grauiori punitur. verb. So ein Ehemann ein ander Weib, oder ein Ehe-Weib einen andern Mann in Geſtalt der heiligen Ehe bey Leben des erſten Ehe-Geſellen nimmt, welche Ubelthat dann auch ein Ehebruch, und gröſſer denn daſſelbige Laſter iſt. So wollen wir doch, welche ſolches Laſter betrüglicher Weiſe mit Wiſſen und Willen Urſache geben und vollbringen, daß die nicht weniger denn die Ehebrüchigen peinlich geſtrafft werden ſollen. Moribus noſtris etiam poena gladii obtinet, neque diſtinguitur, vt recte ſtatuit B. Dn. STRYK. *in V. M. tit. ad L. Iul. de adult. coerc.* contra WESENB. *in parat. D. d. t. n. 8.* an quis duxerit ſolutam ſiue ligatam, quia conſtitutio criminalis generaliter loquitur. Hoc vero admodum durum eſſe videtur, quod ne quidem haec poena mitiganda ſit ob *interceſſionem* coniugis, quae tamen decernitur in caſu adulterii. Qui id aſſerunt, vix abſunt a pontificiorum doctrina, aſſerentium, bigamiam ideo eſſe grauius adulterio crimen, quod *profanatio ſacramenti* in ea concurrat, id quod tamen Proteſtantes attendere haud deberent, conf. B. Dn. STRYK. *in V. M. d. t. ad L. Iul. §. 37.* CARPZ. *in iuriſpr. for. p. 4. conſt. 20. def. 3. et 5.* Iure Saxonico per expreſſam non in electoratu tantum, ſed et in principatibus Saxonicis vſu receptam conſtitutionem bigamus

poena

poena gladii punitur. *const. elect. Saxon. 20. p. 4.* et ad eam DAV. MOLLER. BERLICH. *p. 4. concl. 28. n. 12. seqq.* CARPZOV. *in pract. rer. crim. p. 2. q. 66. n. 34. seqq.*

§. XXXI. Poenae secundarum nuptiarum in sponsalibus non obtinentes, in Saxonia fere abrogatae vel potius non receptae, vti testatur CARPZ. *lib. 2. Iurispr. consist. def. 162. n. 4. et in Iurispr. for. p. 2. c. 43. def. 17.* in pluribus vero locis extra Saxoniam obseruari probat ESBACH. in CARPZ. *cit. l. n. 3.* Insuper vero plurimorum locorum, praesertim vbi communio bonorum inter coniuges obtinet, imo vbi etiam haec non obtinet, vt in ducatu Magdeburgico, legibus introductum, vt parentes ex priori matrimonio habentes liberos ad secunda conuolare nequeant vota, nisi prius cum prioris matrimonii liberis non segregatis seu consortibus innuptis siue nuptis (nisi hi forte ea sub conditione dotem aliaque acceperint bona, quod a parentibus, quamdiu sunt in viuis, nihil amplius petere debeant) imo deficientibus iam liberis primi gradus, cum nepotibus omnium bonorum tam *paternorum* quam *maternorum*, quae superstes tempore secundarum nuptiarum tenet, diuisionem aequis regulariter partibus susceperint. Hunc in finem etiam inuentarium omnium superstitis coniugis facultatum faciendum est, quod vel solenniter confici debet, aut si quaedam facta bonorum designatio a superstite scripta vel subscripta, iuramento confirmari. CARPZ. *p. 3. c. 20. def. 9. et 45.* MEVIVS *ad ius Lubec. tit. 2. artic. 21. §. 10. et seqq.* vbi argumenta contraria refutata videri possunt. Hac de causa quoque tamdiu denunciatio ecclesiastica et benedictio sacerdotalis interdicitur, donec legitima susceptasit haec diuisio B. Dn. STRYK. *in diss. de collat. iur. statut. Rigens.* *cum*

De poenis secundarum nuptiarum.

cum iure comm. c. 3. n. 55. seqq. Hoc nouissime cautum est in ducatu Magdeburg. per rescriptum regium *de ann. 1714. 10 Iul.* Daß sie hinführo keinen Wittwer oder Wittwe, so sich anderwertes zu verheyrathen gesonnen, öffentlich von der Canzel aufbiethen, vielweniger copuliren sollen, ehe und bevor sie einen gerichtlichen Schein producirt, daß sie ihre Kinder wegen des Vaters oder Mutter Guth abgefunden. Hoc quoque receptum est Lubecae, teste MEVIO *d. L. d. t. Part. 2. et tit. 2. artic. 2.* Luneburgi, teste HARTW. A DASELL *ad Statut. Luneb. art. 1.* in Austria, *ibid. §. 5. n. 14.* Thuringia, MODEST. *Pistor. p. 4. quaest. ill. 164. in princ.* Rigae. vid. *statut. lib. 5. art. 3. et 4.* Hamburg. B. Dn. STRYK. *in V. M. tit. de rit. nupt. §. 34.* In patria mea statutum, quod hac de re refert MODESTIN. *Pistor. consil. 2. in pr. vol. 5.* idem confirmat, vbi *stat.* 7. ita cauetur. Will se ock einen Mann nehmen, so mag se ock mit dem Dele des Erves und des Guedes, de öhr thodren mag, vön öhren Kindern einen Mann nehmen. Clarius *stat.* 22. So wor eine Wedtewe were, de der Kinder hedde, und einen Mann nehmen wolde, de en schall nicht byschlapen, se en hebbe tho vorn gedeelet mit öhren Kindern, und der Kinder Vormünder tho der Kinder hand by föstig punden. Talia statuta irrationabilia esse asserit COLERVS, cuius argumenta recenset MEV. *ad ius Lubec. p. 2. tit. 2. artic. n. 8. 9. 10. 11. 12. 13.* refutat *n. 32. seqq.* et rationes pro talibus pugnantes statutis *n. 15. 16. 17. seqq.* adfert; quomodo autem talis instituenda sit diuisio *n. 78. et 79. seqq.* et effectus illius diuisionis *n.* III. *et seqq.* vt et exceptiones quasdam, quibus in casibus pater a necessitate diuisionis eximatur *n. 182. et seqq.* recenset MEVIVS *cit. loc.*

Vsus de vindicta priuata. §. XXXII. Ceterum quod supra de *vindicta priuata* erga adulteram et inde deducta differentia inter matrimonium et sponsalia

sponsalia adlatum est, hodie vix applicari potest, cum nec priuata vindicta, quam ius canonicum reprobauit, marito amplius permissa sit impune, vti de iure Romano, prout testantur OVDELIN. *de iur. inquiss. l. 5. c. 18.* PEREZ. *ad C. h. t. n. 23.* GRONEWEGEN *de LL. abrog. l. 4. C. ad L. Iul. de adult. coecend.* quamuis non negauerim, maritum extraordinaria tantum poena coercendum esse ob iustum dolorem, quem difficile est retinere. Hoc tamen discrimen admitti potest, quod inter coniuges poena parricidii quidem obtineat iuxta *l. vn. C. de his qui par. et lib. occid. art. 139. c. crim constit. elect. Sax. 3. p. 7.* illa tamen non possit applicari ad desponsatos, inter quos tanta haud deprehenditur coniunctio, quod nouum discrimen inter matrimonium et sponsalia constituit.

§. XXXIII. Inter desponsatos *donationes*, vti olim iure Romano permissae, ita et hodie moribus nostris subsistunt, nec matrimonio subsecuto reuocantur SCHEIDEW. §. 2. *n. 62. Inst. de donat.* Neque vllius est ponderis aut momenti limitatio illorum, qui asserunt, has donationes quidem subsistere inter desponsatos de futuro, minime vero inter desponsatos *de praesenti*, cum in foris protestantium sponsalia *de praesenti*, quae *vinculum inducunt coniugale*, incognita plane, imo ea, quae nobis de *præsenti* dicuntur, vera et proprie dicta, prout in iure Romano definiuntur, esse sponsalia, superius iam satis, vt autumo, euictum est. Denique praxis contrarium docet, qua inter desponsatos, qui *pure* sponsalia contraxerunt, tales quotidie fiunt donationes. Donationes autem inter coniuges hodie etiam aeque prohibitae sunt, vt iure Romano, licet non ex eadem ratione iis in locis, vbi communio inter coniuges deficit, quod de pleraque Germaniae parte asserendum esse CARPZOV. *p. 2. const. 13. def. 14.* imo in dubio secundum

De differentia a donatione inter coniuges facta petita.

dispositionem iuris Romani pronunciandum esse asserit STRYK. *in V. M. de don. int. vir. et vx.* §. 3. excepta extensione, qua per alias personas donare etiam iure Romano non licebat, quod recipi moribus nostris non potuit, postquam patria potestas per nuptias in filiabus tollitur, et filiifamilias per separatam oeconomiam e patria exeunt potestate STRYK. *d. t.* §. 2. Excipiuntur quoque ex vniversali fere totius Germaniae consuetudine donationes, tempore *natiuitatis Christi* et alii *diebus solennioribus*, quibus munera offerre inter coniuges consuetum est, modo in agnatorum, quibus ius perfectum quaesitum est, non fiat praeiudicium. CARPZ. *p.* 2. *const.* 13. *def.* 20. HARTMANN. PISTOR. *d. q.* 44. *n.* 12. STRYK. *in V. M. d. t.* §. 6. vbi et responsum celeberrimae facultatis Hallensis refert. Valent quoque huiusmodi donationes hodie iuramento a donante confirmatae contra ius Romanum. MYNSING. *cent.* 2. *obs.* 53. BERLICH. *p.* 2. *concl.* 15. *n.* 14. GAIL. *lib.* 21. *obseru.* 40. STRYK. *in V. M. d. t.* §. 8. In nonnullis autem foris a iure Romano plurimis adhuc recessum casibus, vt in Porussia, vbi donationes, nullis extantibus liberis, iudicialiter inter coniuges factae, pro validis habentur. Iure Lubecensi consentientibus subsistunt liberis; iure Marchico donatio quartae nullis extantibus liberis, iudicialiter inter coniuges facta valet. Similiter iure Saxonico donatio inter maritum et vxorem valet, si mulier peculiarem ad hunc actum sibi elegerit curatorem, cuius auctoritate marito donet, accedente tamen iudiciali insinuatione. CARPZ. *p.* 2. *const.* 13. *def.* 16. BERLICH. *p.* 2. *concl.* 15. *n.* 25. *seqq.* Imo etiam de bonis valet immobilibus, si modo praeterea quoque insinuatio in foro rei sitae superaddatur, COLER. *p.* 1. *dec.* 12. *n.* 43. de quibus omnibus statutis videri potest STRYK. *in V. M. d. t.* §. 3. 4. *et* 7. Specialis est ratio Geradae, cuius donatio (nisi in

in pactis dotalibus ante nuptias facta) iure Saxonico non valet, adeo, vt nequidem iuramento aut morte confirmetur, nisi sit remuneratoria, CARPZ. *p. 2. const. 13. def. 1. et 5.* BERLICH. *p. 2. concl. 15. n. 31.* STRYK. *in V. M. tit. de donationibus* §. 14. vt et nec maritus vxori res expeditorias vulgo das Heer-Geräthe donare valeat, nisi sit reciproca et aequiualens, et iudicialiter coram notario et testibus hasce res praesentes vxori tradat. CARPZ. *p. 2. const. 13. def. 13.*

Mores plurimis in locis desiderant thalami conscensionem in matrimonio.

§. XXXIV. Praeter recensitos effectus peculiares matrimonii prae sponsalibus mores hodierni ac iura prouincialia vel statutaria singularia quoque ei prae illis tribuunt. Sic antiqui mores Germanici ad matrimonium, quoad quosdam coniugii *effectus singulariter thalami* requirunt *conscensionem*, das gehaltene Beylager und Heimführung, quo et adhuc collineat vetus iuris Saxonici dispositio *lib. 3. tit. 45. verb.* das Weib ist auch ihres Mannes Genoßin aller der Ehren und Würdigkeit, die der Mann hat zur Hand, als sie in sein Bett trit. Idem quoque asseritur *lib. 1. art. 45.* und obwohl ein Mann seinem Weibe eben nicht bürtig wäre, ist er doch ihr Vormund, und sie ist seine Genoßin, und tritt in sein Recht, wann sie in sein Bett tritt. Similiter *lib. 1. artic. 76.* verb. hat aber die Frau einen andern Mann. Inde adhuc remansisse B. Dn. STRYK. *in V. M. de rit. nupt. §. 31.* existimat, quod imaginaria et simulata quaedam thalami conscensio in illustrium matrimoniis, quae per legatos contrahuntur, accedere soleat, vt consummato nihil decesse videatur matrimonio. Imo adhuc hodie in Saxonia thalami requiritur conscensio, quod vocant die Decke beschlagen, vti liquet ex *p. 3. const. 19.* ibique CARPZOV. *def. 2. seqq.* BESOLD. *in thesau. pract. lit. B.* BERLICH. *p. 3. concl. 25. n. 28. seqq.* item iure Würtember-

bergico p. 4. tit. 2. in pr. Consil. Tubing. 237. n. 37. P. V. et iure Lubecensi p. 2. tit. 2. art. 12. ibique MEVIVS *n. 271.* Nescio, an fallam, si dixerim, maiores nostros in hanc transiisse sententiam ex cleri Romani doctrina, iam ab AVGVSTINI temporibus approbata, qua matrimonio inesse sacramentum dixerunt. Illud autem demum perfici docuerunt per ipsam *corporum* commixtionem, *c. 5. de big. non ordin.* et consequenter hac quoque demum matrimonium fieri *ratum* et *perfectum.*

Inde nascitur communio bonorum.

§. XXXV. Ex matrimonio ita consummato longo vsu comprobata bonorum oritur communio, quam ius Romanum non agnouit, vti recte statuit HEIGIVS *p. 1. qu. 30. n. 34.* COVARRVV. *de matr. c. 7. §. 1. n. 5.* PECK. *de test. coniug. l. 2. c. 1.* MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 1. art. 5. tit. 5.* vbi etiam de eius vtilitate egregie differit *n. 9. 10. 11. 12. 13.* Rationes veram bonorum inter coniuges communionem iure Romano iam adfuisse fingentium recenset B. STRYK. *in V. M. ad tit. de rit. nupt. §. 91.* et *§. 93.* egregie refutat, imo hanc neque ex iure canonico deducendam, demonstrant MEVIVS *ad ius Lubec. lib. 1. artic. 5. tit. 5.* STRYK. *in V. M.* refutatis contrariorum argumentis §. 94. Ceterum dictam hanc communionem bonorum receptam esse in Dania, testatur CYPRAEVS *de matr. c. 8. n. 7.* Eadem in Gallia viget MOLIN. *consuet. Paris. §. 40. in pr.* CHASSAN. *in consuet. Burgund. rubr. 4. §. 2.* vt et in Hispania COVARRVV. *de matrim. p. 2. c. 7. n. 6. 7. lib. 3. variar. resolut. 19. n.* 22. item olim in Saxonia. So bald das Ehe-Bette beschritten. *l. 1.* Landr. *art.* 31. *et* 45. ZOBEL. *differ. 26. p. 2. n. 1. et 9.* in Marchia Brandenb. SCHEPLIZ. *p. 3. tit. 2. §. 1.* Lubecae, COTHMANN. *consil. 51. n. 135. vol. 2. cons. 72. num. 39. seqq. cons. 24. num. 7. vol. 4.* MEVIVS *ad ius Lubec. lib.*

lib. I. *tit.* 5. *art.* 5. Statuto Bremensi *tit.* 5. *ordel.* 86. cauetur So wor thwee thosamende kamet, an echtschub, wat de hebbet, dat iß öhrer beyde nach Stades Rechte: Imo vniuersalibus fere Germaniae inualuisse moribus ICti practici obseruarunt. GAIL. 2. *obs.* 90. *n.* 1. KIRCHHOF. *consil.* 38. *n.* 3. *vol.* 4. Id tamen negari nequit, ius Romanum paulatim plurima in praxi immutasse, vt plurimis in foris tantum *vestigia* quaedam *pristinae communionis* supersint. Quae cum ita sint, notabiles, singulares et plane diuersi effectus ex sponsalibus, benedictione sacerdotali, conscensione thalami coniugalis et copula carnali in foro Saxonico et plurimis aliis prouinciis resultant. Post benedictionem enim sacerdotalem incipit priuilegium tacitae hypothecae ac ius praelationis mulieri competens ratione dotis illatae, vt supra monstrauimus. Defuncto sponso post copulam sacerdotalem ante thalami ingressum sponsa sertum vel virginitatis coronam portare, alioue virginali incedere non prohibetur habitu. MOLL. *l.* 3. *semestr.* 23. *n.* 5. *Corona enim est, vt ait* CARPZ. *p.* 3. *const.* 19. *def.* 11. *signum virginitatis, qua non amissa cur peplo ad instar violatae ac nuptae caput tegere cogeretur?* secus autem si post thalami decedat conscensionem, licet carnalem neget commixtionem. *Et magna diuersitas a sponsalibus.*

§. XXXVI. Matrimonio perfecto et per conscensionem thalami consummato, plerisque in locis praesertim Saxonicis, vxor in mariti sui curam et tutelam transit per textum *iur. Sax. lib.* 1. *art.* 31. ibi: wann ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in sein Gewehr, und alles ihr Gut zu recht der Vormundschafft vbi ZOBEL. *in addit. lit. g.* hanc subiicit explicationem, *hoc fit, postquam thorum nuptialem est ingressus.* Rectius hoc videtur probari posse ex *art.* 45. *lib.* 3. quo dicitur, *quod mulier lectum mariti ingrediens omne eius ius eo* *Post consensionem thalami incipit curatela maritalis.*

 ipso

ipso in se deriuet; videtur enim ex tunc facta eius vxor. Addatur *artic. 45. d. lib. 1.* ibi: und obwohl ein Mann seinem Weib nicht eben bürtig war, ist er doch ihr Vormund und sie seine Genoßin, und tritt in sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt, conf. B. Dn. STRYK. *in V. M. de fund. dot.* §. 2. RICHTER. *dec. 76. n. 37.* licet fori Saxonici vsu praesertim in iudicialibus maritus curatorio ad sui legitimationem opus habeat, vel cautionem rati praestare teneatur, per *text. ord. processʃ. iudic. tit. 8.* §. Da sie aber in verb. final. und die Ehe-Männer ohne sonderbahre curatoria oder zum wenigsten cautione rati nicht zugelassen werden. Nihilominus tamen tutela mariti ipso fundata est iure actu primo, perinde ac alia legitima tutela hodie ipso competit iure vtut a magistratu confirmanda sit. *Lib. Bar. de* LYNCKER. *analect. D. l. 16. tit. 3.* Imo maritus vxorem sub tutela et curatela habet, etiamsi ea statu et nobilitate maior et dignior. *d. art. 45. lib.* 1. ibi: und obwohl ein Mann seinem Weib nicht bürtig war. Vnde etiam fluit, quod vxor per ingressum in mariti thorum a patria liberetur potestate, vsque adeo, vt nec matrimonio per mortem dissoluto filia vidua in patriam recidat potestatem, sed sui maneat iuris. MOLLER. *ad constit. 10. p. 2. n.* 7. CARPZ. ibid. *def. 2.* L. B. de LYNCKER. *analect. inst. l. 1. tit. 9.* SANDE *lib. 2. tit. 7. def. 5. in f.* imo etiamsi in conuictu patris maneat, vt luculenter probat *ius Sax. lib. 1. artic. 31. in verb.* sie sondere sich mit der Kost oder nicht, dum ratio, ob quam patria ex matrimonio contracto dissoluitur potestas, non in bonorum et mensae ponitur separatione, quae alias per se peculiaris emancipationis existit modus, CARPZ. *p. 2. const. 10. def. 1.* sed potius in eo, quod nupta filia in mariti transeat tutelam et curam, quae ratio non minus locum sibi vindicat, si elocata cum patre habibet filia, quam si separatim viuat, wann sie sich vom Vater mit Anstellung ihrer eigenen Haußhaltung und Nahrung scheiden.

Vxor fit sui iuris.

§. XXXVII.

§. XXXVII. Vnde vxor, matrimonio perfecto et consummato, in praeiudicium mariti bona sua mobilia sine eius consensu alienare nequit. Iure Sueu. *c. 46. leg. alem.* Ein Weib mag ihres Guts nicht hingeben ohne des Mannes Willen, noch ein Mann ohne seines Weibes Willen, quod quoque c. 110. ad immobilia extenditur, ein Weib mag ohne ihres Mannes Erlaub, ihres Manns Guts nicht hingeben weder eigen noch Leibgeding, noch Zinß-Lehn, Zins-Gut, noch sein fahrendes Gut, das ist davon, daß er ihr Vogt ist. Iure Saxonico *lib. 1. artic. 31.* ita cautum: kein Weib mag auch ihres Guts ichts vergeben, ohn ihres Mannes Willen, daß er zu recht leiden dörffe: wann er ein Weib nimt, so nimt er in sein Gewer alles ihr Gut zu recht der Vormundschafft, et *artic. 45.* ein Weib mag auch ihres Mannes Gut nicht vergeben, noch eigen verkauffen, noch Leibgeding ufflassen, um daß er mit ihr in der Gewere sitzet. *In constit. elect. 7. p. 3.* verb. dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem überlebenden Ehemann aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern. Imo non solum per testamentum aliamue vltimam voluntatem, vt in praecedenti constitutione electorali 7. *p. 3.* dicitur, sed etiam per alium actum inter viuos mobilia marito auferre nequit, COLER. *part. 1. decis. 61.* ne scilicet quod vna via est prohibitum, alia censeatur permissum, et quia, viuente etiamnum ea, ipsius mobilia mariti subiecta sunt dominio. ZOBEL. *in addit. gloss. ad text. latin. lib. 1. iur. Sax. art. 31. In const. 15. p. 2. in fin.* wie denn auch den Wittwen und Jungfrauen. liberrima viduis et virginibus bonorum mobilium permittitur distractio, adeoque eo ipso vxoribus ea ademta censetur. MOLLER. *ad const. elect. 23. n. 11. part. 3.* Denique vxor non solum *mobilia*, sed etiam *immobilia* (licet ea defuncta non marito, sed eius

Nec vxor absque mariti consensu de bonis suis disponit.

eius cedant haeredibus. Landr. *lib.* 1. *art.* 31.) sine mariti consensu valide per actum inter viuos alienare nequit, tum quia alienatio absque tutoris facta consensu haud subsistit; maritus autem vxoris suae est tutor: tum quia vsusfructus a proprietario haud potest interuerti, marito vero in omnibus bonis vxoris immobilibus vsusfructus competit, *art.* 31. Landr. *lib.* 1. id quod ad rudera *antiquae communionis* referendum. Proinde iure Bremensi *tit.* 4. *Stat.* 13. ita cautum: hefft ein Frau ein Man, und werd se seeck, se mag geven dree Stücke von öhren besten Klederen wor dat se will mit allen Dingen also, alse sese dragen heft, sunder bratsen, wente man de afschamern mag, were dat ock also dat öhre Oldern edder öhre Fründe öhr noch Kledere geven schöllen, de mag se geven liecker wiese, also se se dragen hedde, dese gift möget tügen geistlicke Lüeden, Man und Wyf COLER. *lib.* 1. *p.* 2. *dec.* 253. 286. *n.* 184. RAVCHB. *p.* 2. *q.* 3. *n.* 45. CARPZOV. *p.* 2. *q.* 15.

Coniuges quandoque ad aes alienum soluendum tenentur.

§. XXXVIII. Ex hac communione quoque fluit, quod post thalami conscensionem, praecedente benedictione sacerdotali, alteruter coniugum pro altero teneatur aes soluere alienum, quod plerumque ad aes in societate coniugali contractum restringitur, MOLIN. de *I. et I. tom.* 2. *disp.* 422. *n.* 3. SAND. *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 1. *in fin.* LAMBERT. GORIS *in aduers. iur. tract.* 1. *c.* 2. *n.* 1. Iure Bremensi id expresse cautum *tit.* 5. *ordel.* 86. So wor twee thosamende kamet, an echtschup, wat de hebbet, dass ist öhrer beyde nah Stades Rechte. Storve öhrer ein, de andere schall sine Schulde gelden, des he bekennt, oder men vullen kamen mag mit anderen Handvestingen, edder mit tügen. Iure Romano nec maritus pro vxore, neque vxor pro marito obligatur, *t. t. C. ne vxor pro marito, vel maritus pro vxore*, vtut propterea statuta,

ſtatuta, quod vxor pro marito teneatur, improbari non debeant. MYNSING. 1. *obſ. 29. Colleg. iur. Arg. tit. ad SCt. Vellei.* GAIL. *lib. 2. obſeru. 90. n. 1.* HILLIG. *lib. 15. c. vlt. lit. B.* COLER. *deciſ. 31.* Talia ſtatuta Norimbergae, Gothae, Coloniae, teſte HILLIG. et COLER. *d. ll.* Luneburgi, Hamburgi obtinent. vid. *deciſ. Lynkerian. p. 1. dec. 447. p. 3. dec. 1101.* add. *ius prouinc. Würtemb. p. 4. tit. 4.* quippe quae diuerſum a iure ciuili fundamentum habent. Hoc tamen ad ſponſalia applicari nequit, licet eis copula carnalis acceſſerit, vid. LAVTERB. *de aere alieno in ſoc. coniug. contr. c. 2. §. 11. n. 5. ſeqq.*

§. XXXIX. Marito poſt conſummatum matrimonium ex antiqua, quae olim inter coniuges iure obtinuit Germanico, communione, competit vſusfructus omnium vxoris illatorum bonorum, quod iure Saxon. clarum eſt per text. *iur. Sax. lib. 3. art. 76. lib. 1. artic. 31.* verb. **wann er ein Weib nimt, ſo nimt er ſein Gewer an all ihr Gut**, non tantum quae in loco inueniuntur domicilii, ſed omnia alia peregrinis quoque in prouinciis, vbi ius Saxonicum in viridi non eſt obſeruantia, exiſtentia, dum text. **Landr.** libr. 1. art. 31. generaliter loquitur, SCHNEID. *inſt. de hered. quae ab inteſtato deferuntur ſub rubr. de ſucceſſ. int. vir. et vxor. n. 19.* Hoc rurſus ad nuda ſponſalia applicari nequit, quae communionem bonorum nullam inducunt, adeoque hunc effectum habere non poſſunt.

Inde quoque vſusfructus marito tribuitur.

§. XL. Donatio morganatica, quae hodie vt plurimum a viro illuſtri ipſis dotalibus promittitur pactis, poſt thalami demum datur ac peti poteſt conſcenſionem. Eſt enim munus matutinum, quod maritus nobilis coniugi ſuae nouiter nuptae in catena aurea, iocalibus, aliaue re pretioſa, adiecta pecuniae ſumma, mane altero ſolenni nuptiarum die poſt primum dat concubitum. MYLER. ab EHRENBACH. *gamolog. perſon.*

Et donatio morganatica poſt conſcenſionem thalami debetur.

eius cedant haeredibus. Landr. *lib.* I. *art.* 31.) fine mariti consensu valide per actum inter viuos alienare nequit, tum quia alienatio absque tutoris facta consensu haud subsistit; maritus autem vxoris suae est tutor: tum quia vsusfructus a proprietario haud potest interuerti, marito vero in omnibus bonis vxoris immobilibus vsusfructus competit, *art.* 31. Landr. *lib.* I. id quod ad rudera *antiquae communionis* referendum. Proinde iure Bremensi *tit.* 4. *Stat.* 13. ita cautum: hefft ein Frau ein Man, und werd se seeck, se mag geven dree Stücke von öhren besten Klederen wor dat se will mit allen Dingen also, alse sese dragen heft, sunder bratsen, wente man de afschamern mag, were dat ock also dat öhre Oldern edder öhre Fründe öhr noch Kledere geven schöllen, de mag se geven lieker wiese, also se se dragen hedde, dese gift möget tügen geistlicke Lüeden, Man und Wyf COLER. *lib.* I. *p.* 2. *dec.* 253. 286. *n.* 184. RAVCHB. *p.* 2. *q.* 3. *n.* 45. CARPZOV. *p.* 2. *q.* 15.

Coniuges quandoque ad aes alienum soluendum tenentur.

§. XXXVIII. Ex hac communione quoque fluit, quod post thalami conscensionem, praecedente benedictione sacerdotali, alteruter coniugum pro altero teneatur aes soluere alienum, quod plerumque ad aes in societate coniugali contractum restringitur, MOLIN. de *I. et I. tom.* 2. *disp.* 422. *n.* 3. SAND. *decis. Fris. lib.* 2. *tit.* 5. *def.* I. *in fin.* LAMBERT. GORIS *in aduers. iur. tract.* I. *c.* 2. *n.* I. Iure Bremensi id expresse cautum *tit.* 5. *ordel.* 86. So wor twee thosamende kamet, an echtschup, wat de hebbet, daß ist öhrer beyde nah Stades Rechte. Storve öhrer ein, de andere schall sine Schulde gelden, des he bekennt, oder men vullen kamen mag mit anderen Handvestingen, edder mit tügen. Iure Romano nec maritus pro vxore, neque vxor pro marito obligatur, *t. t. C. ne vxor pro marito, vel maritus pro vxore*, vtut propterea statuta,

statuta, quod vxor pro marito teneatur, improbari non debeant. MYNSING. 1. *obs. 29. Colleg. iur. Arg. tit. ad SCt. Vellei.* GAIL. *lib. 2. obseru. 90. n. 1.* HILLIG. *lib. 15. c. vlt. lit. B.* COLER. *decis. 31.* Talia statuta Norimbergae, Gothae, Coloniae, teste HILLIG. et COLER. *d. ll.* Luneburgi, Hamburgi obtinent. vid. *decis. Lynkerian. p. 1. dec. 447. p. 3. dec. 1101.* add. *ius prouinc. Würtemb. p. 4. tit. 4.* quippe quae diuersum a iure ciuili fundamentum habent. Hoc tamen ad sponsalia applicari nequit, licet eis copula carnalis accesserit, vid. LAVTERB. *de aere alieno in soc. coniug. contr. c. 2. §. 11. n. 5. seqq.*

§. XXXIX. Marito post consummatum matrimonium ex antiqua, quae olim inter coniuges iure obtinuit Germanico, communione, competit vsusfructus omnium vxoris illatorum bonorum, quod iure Saxon. clarum est per text. *iur. Sax. lib. 3. art. 76. lib. 1. artic. 31.* verb. wann er ein Weib nimt, so nimt er sein Gewer an all ihr Gut, non tantum quae in loco inueniuntur domicilii, sed omnia alia peregrinis quoque in prouinciis, vbi ius Saxonicum in viridi non est obseruantia, existentia, dum text. Landr. libr. 1. art. 31. generaliter loquitur, SCHNEID. *inst. de hered. quae ab intestato deferuntur sub rubr. de success. int. vir. et vxor. n. 19.* Hoc rursus ad nuda sponsalia applicari nequit, quae communionem bonorum nullam inducunt, adeoque hunc effectum habere non possunt. *Inde quoque vsusfructus marito tribuitur.*

§. XL. Donatio morganatica, quae hodie vt plurimum a viro illustri ipsis dotalibus promittitur pactis, post thalami demum datur ac peti potest conscensionem. Est enim munus matutinum, quod maritus nobilis coniugi suae nouiter nuptae in catena aurea, iocalibus, aliaue re pretiosa, adiecta pecuniae summa, mane altero solenni nuptiarum die post primum dat concubitum. MYLER. ab EHRENBACH. *gamolog. per-* *Et donatio morganatica post conscensionem thalami debetur.*

son. illustr. c. 15. §. 6. et c. 15. §. 2. vbi ex speculo Sueuico *lib. 1. art. 272.* haec refert: nun merket und vernehmet, was ein jeglicher Mann, der von ritterlicher Art ist, seinem Weibe zur Morgengab geben mag, ohne seiner Erben Urlaub des Morgens an ihren Bette, oder so er zu Tisch geht, oder ob den Tisch. Quod vero vidua illustris maritum ducens adolescentem, ei etiam munus morganaticum dare teneatur, prout defendit MYLER. *d. l. c. 16. §. 4.* rationem non habet.

Successio statutaria obtinet inter coniuges non desponsatos.

§. XLI. Singularis vero et principalis differentia iuris Germanici quaerenda est in successione, quam statutariam vocant, quae coniugibus, non desponsatis, debetur. Sic iure Saxonico maritus cuiuscunque etiam conditionis, vxori defunctae succedit in omnibus bonis mobilibus ab eo relictis per text. *lib. 1. art. 31.* der Mann ist fähig aller fahrenden Haabe, so das Weib hinder sich lässet, wann sie stirbet *et art. 76. lib. 3.* vers. und stirbt das Weib, der Mann behält alle fahrende Haabe. Id propter generalitatem textus *lib. 1. art. 31. et lib. 3. art. 76.* etiam ad ea, quae extra Saxoniam iis in locis, vbi illud ius non viget, sita, extendunt, quia vulgo dicitur, mobilia non circumscribi loco, sed affixa quasi intelligi ossibus et personis in loco, vbi domicilium habent. conf. differt. statim *alleganda* Icti Consult. Dn. DIDERICI MEYERI §. 22. Eodem modo et dotem lucratur, quia plerumque in pecunia et rebus consistit mobilibus, nec non immobili, si ea aestimato in dotem data. Non tamen hoc extendendum ad mulieris perpetuos annuos reditus, qui *immobilium* censentur iure. GAIL. *lib. 2. obseru. cap. 10. const. elect. Sax. 24. p. 3.* Neque ad vtensilia seu res ad geradam spectantes, quae ad proximam vxoris cognatam deferuntur, vid. *Ius Sax. lib. 1. art. 31. lib. 3. art. 76.* BERLICH. *p. 3. concl. 29. n. 10. seqq.* RICHTER. *tract. ab intest.*

test. sect. 4. n. 26. seqq. nisi quod ex illis lectus ornatus ac stratus genialis, sicuti viuente fuerat vxore, marito adhuc debeatur. *lib. 3. art. 35. in fin.* Denique quod maritus sit heres mobiliaris, cum hoc accipiendum est temperamento, vt si liberi ex aliis bonis maternis suam consequi nequeant legitimam, ea per maritum ex ipsis suppleatur mobilibus WESENB. *consil.* 24. *n. 5. vol.* 1. COLER. *de process. execut. p. 1. c. 3. n.* 233. qui ita in locis, vbi ius Saxonicum in viridi obseruantia est, obseruari testantur. Si vxor nulla bona relinquat mobilia, quarta pars bonorum obuenit marito BERLICH. *p. 3. concl.* 29. *n.* 20. *seqq.* STRVV. *iurispr. for. lib.* 2. *tit. 30. aph.* 27. BEVST. *de matr. c.* 67. *seqq.* RICHTER *tract. ab intest. sect. 4. n.* 2. Similiter etiam vxori, defuncto marito, certa defertur portio statutaria, ita tamen, vt aliter succedant viduae nobiles in Saxonia, aliter plebeiae. BERLICH. *p. 3. concl.* 27. *seq.* Vidua ignobilis, existentibus, pactis dotalibus, eorum vigore ad successionem admittitur ac portione in iisdem sibi assignata contenta esse debet. *const.* 20. *p. 3. in pr.* verb. Wenn zwischen Ehe-Leuten Ehestifftung beredet und aufgerichtet, daß demselben nachgelebet, und die Wittib aus ihres verstorbenen Mannes Güthern vermöge der Ehestifftung gebührlich abgefunden werden solle. CARPZ. *ad dict. const. 2. p. 3. def. 1. 2. et 3.* Existentibus statutis peculiaribus superstiti vxori portionem deferentibus, regulariter vxor vel coniux conferre sua bona debet, quod quidem negat, nisi id expressis statuti dispositum verbis, CARPZ. *d. l. def.* 7. *et* 8. sed experientia fere vniuersali Germaniae refutatur. Nata quippe est haec statutaria successio ex antiqua communione bonorum coniugali, adeoque bona adhuc hodie ante omnia in commune conferenda, si quis portionem suam inde auferre velit. Eo casu tamen liberum relinquitur viduae, vtrum dotem ac bona illata vna cum gerada repetere, an vero por-

tionem statuto locali sibi delatam eligere malit. CARPZ. *c. l. def. 12.* Deficientibus autem pactis dotalibus et statuto locali, in electoratu Saxonico, si defunctus vnum vel plures ex primo vel secundo matrimonio susceptos relinquat liberos, vidua indistincte quadrantem seu quartam bonorum accipit partem; *Constit. elect. Saxon. 20. p. 3.* marito vero nullis liberis relictis decedente, vidua eius trientem seu tertiam lucratur partem. *d. c. 20. p. 3.* CARPZ. *ad d. C. 20. p. 3. def. 17. 18. 19. 20. 21. 22. et 23.* Nobili autem viduae plura singularia circa successionem non tantum in Saxonia, sed etiam in Marchia et Holsatia alibique concessa sunt, vti patet ex verbis *constit. elect. 34. p. 3.* (und die Witt-Frau so von Ritter-Art ist) Non vero sufficit eam esse nobilem, sed requiritur, vt maritus defunctus sit nobilis, maxime de consuetudine Saxonica, hat nicht Ritter Recht, sein Vater und Elter-Vater seyn dann solche Leute gewesen. Lehnr. *c. 2. gloss. in art. 27. lib. 1.* Landr. quod alibi dicit *glossa* Er soll von seinen vier Ahnen von Ritters-Leuten gebohren seyn, licet vxor a ciue alioue plebeio sit progenita, dum mulier ignobilis nobili nubens viro per nuptias nobilitatem omniaque iura et priuilegia, quibus mulieres natura nobiles gaudent, adipiscitur. Tali nobili viduae quae debeantur, plenius tradit B. STRYK. *diss. de vid. nobil. March. et de vidua nobili Saxon.* Per statuta quoque particularia Bremensia non sponsus sponsae vel vice versa succedit, vt ex *statuti 7.* Ordel. *86. tit. 5. de success. ab intest.* colligitur verbis. Wor twee Lüden thosamen kamet, Mann und Frauwe an echte schup. Hoc minime de sponsalibus, ad quae solus sufficit consensus legitime declaratus, sed de matrimonio per conscensionem thalami durch die eheliche Beywohnung consummato, intelligendum esse, dilucide satis apparet, vnde et moribus patriae maioris declarationis

tionis gratia, pactis dotalibus haec inseritur clausula, und wann sie mit einander ins eheliche Bette gekommen, so soll der eine den andern nach Stadt-Recht beerben. Sic itaque maritus succedit vxori, et vice versa, de qua materia ex professo agit Dn. DIEDERICVS MEYER diss. *de successi. coniug. stat. Bremensi.* Ipsa successio fundatur in *d. stat. 7.* Ordel *86. tit. 5. de success. ab intest.* verbis. Wo twee Lüde thosamen kumet Mann und Frauve an echteschup, und Kinder winnet, so welcket ehr sterve, den beervet de andere. Ita vt si vidua maneat, non solum vsumfructum sed et administrationem omnium habeat bonorum. Sterfft de Mann aller erst, und holt sich die Frauve woll und ehrlicken nah öhres Mannes Dode, de Frauve schall mit öhren Kindern fryelicken sitten an Erve und in allem Guede. Hoc tamen limitatur, nisi filius maiorennis aut filia autem maiorennis filius anno ætatis XVIII et filia anno XV completo fieri incipit; *stat. 17. tit. de tutel. et curatel. verb.* Dese Vormünde de Korne mit dem bornen schullen Vormunde bliefen den Junckfrauven, wente se tho syftein Jahren kommen, und den Knechten tho achtein Jahren) suam petat legitimam seu partem ex defuncti patris hereditate sibi competentem *d. stat. 7.* Heft de Frauve einen Sohn, de tho sinen Jahren kamen iß, und schede den sinen deel des Guedes und des Erves, behaget idt sinem Frunden und Magen, he schall nehmen sinen deel, und men schall de anderen Kinderen an öhren deel öhres Erves und öhres Guedes nicht hindern offte nicht anverdegen. Heft de Frauve eine Dochter, de also ferne kamen ist, dat se einen Mann nehmen mag, der schall man nah ohrer Fründe rahde geven öhren Deel, üppe dat men se desto ehrlicker berahden möge. De patre bona sua dissipante ita disponitur in *stat. 8. d. tit. verb.* Sterfft eines Borgers Wyf, de man schall

Frylicken mit seinen Kindern sunder jenige Herschup besitten sin Erve und sin Guth. Men levede de man unredelicker, dat he sin Erve und sin Gued und siner Kinder unmutterlicken thobringen wolde, de Rathmannen unser Stadt, und der Kinden Frunde schölen öhn mahnen, dat he des vortyge. Und endeit he des nicht, so schölen de Rathmannen mit sinen Frunden und mit der Kinder Frunden öhme geven sine Deel des Erves und des Guedes: dat andere schölen se den Kindern truwelicken holden. Portio vero, quae superstiti coniugi debetur, semper aequalis est portioni liberorum existentium singulorum, ita vt omnia communibus includantur bonis, aequalique relinquantur diuisioni per *statutum 8.* verb. De Frauve schall nehmen liecken Deel, in Erve und an Guede, daran sy ein ander underscheid an macket, dat men de bewisen moge mit handvestingen edder tügen möge mit schwornen. Praecipuo tamen aliquo gaudet maritus, vt patet ex *statuto 23. d. tit.* verb. Wor ein Vader von dem Söhne Deelen will, de schall thovoren hebben, alle sine eigedome, dat sind grapen, Ketele, Kisten, Bodeme, Küvene und alle wat thom brouwertouwe höret, ahne pannen, de tho hüre gahet. Vort mehr alle Kledern, Linnen und Wullen, Unterwand, alle Schmeyde golden und sulvern, allet Fleesch dat tho schneden iß, und alle Flicken, den de hovede upgeschneden syn, und dat meel, ein voder roggen, offte dat dar sy, ein Voder Moltes, dat beste dat dar sy, und ein Voder Havernes Moldes, off idt dar sy, also vele Hoppen also hiertho höret, vortmehr also velte solt es, alse he behöret tho deser Kost, twölff Voder Holtes, offt idt dar sy, ein Ammer Bottern offt idt dar sy, und eine halve Marck wehrt Keese offt idt dar sy, similiter vxor praecipuum habet, vt constat ex *stat. 7. d. tit.* verb. de Frauve de schall Deel nehmen alle des Erves und des Guedes; daran baven alle öhre Kleider, Linnen und

Wullen,

Wullen, Kosten und Kisten, Bedde und Laken, alse se dat hadde by öhres Mannes tyden, im Lyve und im Dode, dar schall se öhre Kindere affhandeln also alse öhre Ehre wieset. Excipiuntur quoque ab ista diuisione aequali paraphernalia ac alia bona, quae post vnius mortem ex aliis successionibus delata, adeo vt in eam solummodo veniant bona, quae marito et vxori communia fuerunt, eoque recte *hereditaria* appellari possunt, vt et ea, quae vidua suo ac liberorum periculo tempore mariti mortis acquisiuit, quod *statuti* 7. verba satis ostendunt, dum distinguitur inter Erve und Gued. Will se ock einen Mann nehmen, so mag se ock mit dem Deel des Erves und des Guedes, de öhr thohören mag von öhren Kindern einen Mann nehmen. Sed in hoc casu tam a *mariti*, quam ab *vxoris* parte, vt successio vel ex statuto vel ex pactis dotalibus locum habeat, nec sponsalia, nec benedictio sufficit sacerdotalis, sed *thalami* requiritur *conscensio*, quam et communio bonorum coniugalis desiderat, secundum ius Saxonicum nach Beschreibung des Braut-Bettes Landr. *lib. 1. art. 45. lib. 3. art. 45. const. elect. Sax. p. 3. c. 19.* ibique CARPZ. *def. 1. 2. 3. et in iurispr. consist. lib. 3. tit. 5. def. 57. n. 16. et lib. 5. tit. 10. resp. 108. n. 11. et 16.* L. B. de LYNCKER. *in analect. D. L. 23. tit. 2. th. 26.* RICHTER. *p. 2. dec. 94.* Secundum ius Würtenbergicum: Wenn die neue Ehe-Leute die Decke beschlagen. *Würtenb.* Landr. *p. 4. tit. 2. et 4. et* PLEBST. *ad I. P. W. disp. 1. th. 16.* Ipsi si in lectum alterius coniugis ductus ductaue fuerit: nach dem Bett-Sprung wird der superstes zur succession admitirt. Hoc adeo stricte requiritur, vt licet matrimonium per sacerdotalem copulam consummatum sit, ac in procinctu fuerint coniuges ingrediendi thorum, successio tamen locum non habeat. CARPZ *ad const. elect. Sax. 19. part. 1. def. 3.* BERLICH. *p. 3. concl. 25. n. 31.*

n.31. seqq. quod praeiudicio confirmat RICHTER. *p. 2. dec. 94. n. 6.* Quod etiam exemplis illustrat Dn. MEYER. *cit. l. §. 8.* Ius succedendi autem fundatum est, licet vel maxime post thori conscensionem matrimonium momento saltem durauerit. BERLICH. *d. l. n. 30.* Neque quoad praxin requiritur, vt *copula actualis* accesserit carnalis, corporumque commixtio, quamuis id forsan maiores ex principiis cleri Romani intenderint, IDEM *c. l. n. 33. seqq.* CARPZ. *p. 3. c. 19. def. 4.* siue mutuo consensu siue morbo et impotentia siue magicis artibus omissa aut impedita fuerit; CARPZ. *d. l. def. 4. et lib. tit. 1. resp. 108. n. 18.* MEVIVS. *ad ius Lubec. l. 1. art. 14. n. 14.* Sed sola sufficit *thalami conscensio* et ficta corporum commixtio; quae non nunquam magis ad *solennia nuptiarum* spectare videtur. Vnde inter nobiles et illustres personas pro cautela hodie quotidiana obseruari solet in praxi, praesertim in Saxonia, vt post benedictionem sacerdotalem perfectam plerumque ante epulas, vel praemissis his chorearum tempore sponsus et sponsa in thalamum vocati nuptialem praesentibus propinquis et conuiuis lecto geniali breuiusculo imponantur tempore, mox ad mensam vel choreas reuersuri. BEVST. *de iur. connub. p. 2. c. 5.* RENNEM. *iurispr. R. G. m. 1. D. 41. §. lit. C.* Lepida quaedam de rusticis Altenburgensibus M. FRID. FRISIVS in der Historischen Nachricht von denen merckwürdigen *Ceremoni*en der Altenburgischen Bauern *Sect. 5.* aliarum gentium mores tangens refert his verbis: Der Bräutigam begiebet sich zuerst zu Bette, hernach führet der Braut-Diener nebst etlichen Verwandten die Braut in die Schlaff-Cammer; nachdem der Braut-Diener nebst etlichen Anverwandten und Gästen die Braut zu Bette geführt, zieht er ihr in der Cammer den Stiefel oder Schuh aus, pfleget auch die Zöpfe auszuflechten, endlich wirfft er die Braut annoch angekleidet in das

das Braut-Bette. Die Braut-Mutter, oder welche solche Stelle vertritt, legt einen dünnen Kuchen auf das Bette, welchen die Umstehende mit den Händen zerschlagen und sagen: so viel Stückgen, so viel Püpgen. Endlich machen die Spiel-Leute nebst etlichen Gästen vor der Cammer-Thür eine Music, und wenn sie können hinein kommen, so tanzen sie um das Braut-Bette. Hæc *fictio thori coniugalis* operatur, vt per eum actum coniuges, se iam in coniugii venisse possessionem, alterumque ius matrimonii reale in alterius acquisiuisse corpus, declarent, cum ante istum *personale* tantum *ius* ex sponsalibus habuerint. Requiritur tamen *iusta* ac *legitima*, præcedente scilicet copula sacerdotali, thalami conscensio, quia matrimonium per commixtionem carnalem ante copulationem ecclesiasticam diemque nuptiis solennibus destinatam, consummatum dici nequit; vt haud obscure ex const. *elect. Sax. 19. p. 3. §.* und ob wohl etliche apparet, ibique CARPZ. *def. 6.* Quid vero iuris, si post iniustam thalami conscensionem copula subsequatur sacerdotalis, nullusque dehinc factus thori iugalis ingressus, videri potest in *decis.* LYNCKERI, vbi *p. 1. dec. 405.* elegantem hac de quæstione refert casum.

§. XLII. Statutum de lucranda dote et similia non habet locum, si sponsa de præsenti decedat; finis enim (1) dotationis, vt notum, in eo consistit, *l. 20. C. de iur. dot. l. 21. §. 1. C. de donat. int. vir. et vxor.* vt habeat maritus, vnde matrimonii onera sustineat. *l. 75. in f. de iur. dot.* Ob ea subeunda partem dotis lucratur maritus, vxorque in compensationem dotis solutae partem etiam ex bonis mariti defuncti percipit. Cessat vero hic in sponsalibus, cum ante consummationem nulla onera marito incumbant, eaque nunquam nisi matrimonio consummato, adesse dicantur, SALYC. *d. l. 6. n. 4. et 5.* BALD. *auth. dos datan. 5.* CVNRAD. MAVSER. *d. t* *Lucrum dotis non acquiritur sponsalibus.*

SCHNEIDEW. *n. 108.* Igitur nec ante consummationem fructus dotis multo minus dotem ipsam ad eum pertinere dici potest GAIL. *2. c. 80. n. 1. tit. et lib. 2. obs. 85. n. 3.* (2) Promissio censetur facta sub conditione, si scilicet virgo vel *sponsa ducatur in domum, et sequatur copula*, prout fieri solitum *arg. l. 21. l. 37. l. 41. pr. D. de iur. dot.* Vnde cum non impleta fuerit conditio, sub qua dotis promissio videtur facta, vt in sponsa, lucrum et acquisitio ipsius quoque dotis cessat, quod et Imp. *in l. 24. C. de nupt.* confirmat. (3) Statutum dotem marito ceu lucrum attribuens est correctorium iuris communis, quod vel ad patrem vel alium dotem sibi reddi stipulantem, vel ad haeredes vxoris reuerti vult, ideoque merito, vt in aliis correctoriis fieri solet, strictissima interpretatio, quo minus laedatur ius commune, amplectenda est, ROLAND. a VALL. *de lucr. dot. q. 2.* ibique allegati, vt quam minime abeatur a iure communi. *l. vn. C. de. inoffic. dot.* Vnde cum status in statuto non specialiter expressus, manere censetur sub dispositione iuris communis, GAIL. *lib. 2. obs. 33. n. 2. et obs. 140. n. 12.* RICHTER *decis. 3. n. 6.* CARPZOV. *p. 1. dec. 3. n. 11. et 12.* lucrum vero dotis iure communi nullum conceditur sponsis, ergo multo minus vi statuti, non specialiter huius casus mentionem facientis, petere quicquam valet sponsus; (4) maior est fauor defunctæ sponsæ sponsiue consanguineorum, qui de damno vitando, quam sponsæ sponsiue superstitis, qui de lucro captando certant. (5) Statutum pactumue de lucro dotis post mortem coniugis sub conditione vt plurimum illud loqui censetur, *si scilicet sine liberis præmoriatur altera pars:* Sed sine *liberis præmori* vix de sponsa sponsoue prædicari poterit; lege enim prohibente eiusmodi celebraretur concubitus, itaque tales intelliguntur coniuges, qui sunt in eo statu, eamque habent po-

potentiam non tantum *naturalem*, ſed et *legalem*, vt liberos quoque habere *moraliter* poſſint. Sine liberis mori infert priuationem, quæ præſupponit habitum, in deſponſatis *legaliter* haud ſperandum. Cum ergo hæc conditio in his locum non inueniat, nec lucrum dotis inuenit, quod et iure Sax. elect. *conſt. 19. part. 3.* confirmatum.

De liberorum ſtatu ex nuptiis legitimis.

§. XLIII. Præcedente benedictione ſacerdotali poſt thalami conſcenſionem filius naſcitur legitimus, adeo vt matri in vltimo quoque vitæ articulo filium non ex marito eſſe natum aſſerenti, minime ſit credendum. vid. MASCARD. *de probat. concl. 786. et 452.* GAIL. *2. obſ. 97.* Qui præſumtionem hanc adeo extendunt, vt aſſerunt, filium ex vxore, cum qua et maritus et adulter conſuetudinem habuit, natum habendum, ac ſi mariti eſſet, add. MENOCH. *6. præſ. 3.* quod tamen STRVV. *in exerc. D. th. 43. in fin.* minime ſimpliciter verum eſſe autumat. Imo et ii, qui protinus poſt celebratas nuptias tempore conſtituti thalami naſcuntur, die Frühlings-Kinder, pro *legitimis* iam habentur. HAHN. ad WESENBEC. *tit. de his qui ſui vel alien. iur. n. 3.* Naturales autem ex ſoluta honeſtaque alias perſona per ſuperuenientem benedictionem ſacerdotalem thalamumque ita legitimantur, vt a legitimis nihil fere differant, STRVV. *exerc. D. 3. th. 2.* ac nomine der voll und wohlbürtigen veniant MEV. *l. 8. dec. 87.* iisque natalitia non poſſint denegari teſtimonia die Geburts-Briefe, quod legitimo ex thoro honeſtisque nati ſint parentibus, daß ſie aus einen reinen keuſchen und unbefleckten Ehe-Bette erzielet und gebohren. RICHTER *p. 2. dec. 80. n. 15.* vel daß ſie von ehrlichen frommen Ehe-Leuten, aus einen recht ehelichen ohnbefleckten, ohngetadlichen Ehe-Bette hergekommen, gezeuget und gebohren. CARPZ. *p. 2. c. 6. d. 15.* it. daß ſie echt und recht aus einem Ehe-Bette gebohren. HAHN. *ad Weſenbec.*

bec. d. l. Proinde etiam in opificum recipiendi ſunt collegium, veluti ex legitimo nati thoro CARPZ. *libr. 2. iurispr. conſiſt. tit.* 14. *def. 236.* niſi ſpeciatim ac nominatim expreſſis excluſi ſunt verbis, die Mantel-Kinder, qualia ſtatuta vt iniuſta et irrationabilia non eſſe admittenda, dicit CARPZ. *d. def. 236. n.* 15. Sed rectius LAVTERB. *colleg. D. lib.* I. *tit.* 6. *§. 25.* vt et RENNEM. *iurispr. R. G. M. I. D. 43. th.* 16. *lit. C.* laudant ac probant.

§. XLIV. Plura adhuc obſeruanda ſupererant diſcrimina, quia latiſſimus eſt concluſionum campus in hac doctrina valde practica vſuque frequentiſſima, ſed modus ſit rebus; claudendi hic tandem riui: ſat prata biberunt. Arbitror enim, me ſatis ſuperque oſtendiſſe, erroneum eſſe dogma a plurimis aſſumtum, *ſponſalia pura eſſe ipſum matrimonium*, quem finem tota hæc præſens meditatio ſibi propoſitum habuit, et vt puto, obtinuit feliciter.

CLARISSIMO

DN. CANDIDATO

HENRICO BENDELEBEN

S. P. D.

PRAESES.

Obtuliſti mihi diſſertationem a Te magna cura elaboratam, et quamuis eam cenſuræ meæ examinique ſubieceris, ita tamen illam elaboratam, exornatamque variis rerum argumentis deprehendi, vt non potuerim non Tibi auctor fieri, quo hoc Tuæ induſtriæ documentum publico examini ſubiiceres, et defenſionem Tui laboris ſuſciperes,

peres, id quod nunc quidem præſtare cogitas ſtudesque. Vberrimam meſſem Te feciſſe obſeruaui, quod indicium præbet, Te quoque bene ſeuiſſe. Matrimonii et ſponſaliorum iura diuerſa explicas, et ſi dum diſtinguis, quæ alii confundunt, bene doces, prudenter agis, et optime ſapis. Eſt enim proh dolor! hic morbus inueteratus, vt, quæ in quibusdam conueniunt, ſimilesque in nonnullis habent effectus, mox pro iisdem habeantur, et temerarium ab vno ad alterum ducatur argumentum, id quod non poteſt non rerum veram faciem corrumpere, indolemque adeo immutare, vt tandem pro Iunone nubem accipiant. Quid praxin conſiſtoriorum magis infecit, quam perſuaſio hæc vulgata, ſponſalia eſſe ipſum matrimonium? ecquid rei noſtræ magis obfuit, nocuitque, quam auctoritas eorum, qui ima ſummis miſcuerunt? Refert ergo magnopere, vt quæ errore vel caſu confuſa et inuoluta ſunt, euoluantur, et ſuum cuique tribuatur, quod iuris præceptum fundamentale eſt. Qui attento ſtudio meditationes Tuas, quas præſenti diſſertatione inaugurali publico exhibes, intuetur, facile deprehendit, Tibi nihil magis curæ cordique fuiſſe, quam vt hoc, quod laudaui, præceptum, in vſum traheres, et id, quod ſponſalibus tantum debetur, tribueres, illud vero, quod inique eis eſt tributum, quod vnice matrimonio debetur, eis ſubtraheres, et ita addendo, ſubtrahendo, multiplicando et diuidendo veras inires rationes. Calculus, quem ſubduxiſti, optimus eſt, Tibi ſalutaris, familiæ Tuae ſplendidae honorificus, et publico vtilis. Hac de cauſa mihi deeſſe nolui, quin Tibi tum de exantlatis feliciter laboribus academicis, tum etiam de præſenti eruditionis Tuae documento eiusque præmio, Tibi mox a facultate noſtra impertiendo, ex animo gratularer, meque, quem

quem inter alios quoque Tuorum ſtudiorum ducem elegiſti, Tuæ amicitiæ et fauori commendarem. Vale. Dab. d. 23. Maj. 1718.

EXERCITATIO LX.
AD LIB. XXIII. PAND. TIT. II.
DE
COMMVNIONE AERIS ALIENI
INTER
CONIVGES HAMBVRGENSES.
OCCASIONE INPRIMIS STAT. HAMB. P. II. TIT. V. ART. X. ET XI.

ARGVMENTVM.

I. Statuta de aere alieno pro coniuge ſoluendo improbata Doctoribus. II. Communio bonorum inter coniuges aduerſa ſtatui connubiorum apud Romanos, III. ſed congrua connubiis Germanorum. IV. V. Eius probationes et reliquiæ in iuribus particularibus Germaniæ. VI. Eius rationes ex moribus Germ. repititæ, VII. aduerſæ moribus Romanorum, nec ideo ex his explicandæ. VIII. Sententia DD. de interpretatione ſtatutorum ex iure Rom. IX.

IX. Principia doctrinæ de communione bonorum connubiali. X. Argumenti ratio. XI. Communio bonorum inter coniuges vel absoluta vel secundum quid talis. XII. Hæc subinde ad acquæstum coniugalem adstricta. XIII. Statuta eo pertinentia. XIV. XV. Notatur Lauterbachius eandem ex principiis societatis quaestuariæ explicans. Ius plicatæ manus. XVI. XVII. Speciales Lauterbachii rationes excussæ. XVIII. Communio omnimoda ex rationibus iuris Hamb. euicta. XIX. Ex ea descendens communio æris alieni inter coniuges Hamburgenses. XX. Differentia inter communionem absolutam et restrictam ratione æris alieni agnoscendi. XXI. XXII. Ius Hamburgense antiquum et nouiuis in hoc argumento. XXIII. XXIV. Divisione facta an maritus ex ære alieno vxoris in solidum teneatur? XXIV. An uxor ex debito mariti? XXV. Quid secundum ius Hamburgense statuendum? XXVI. An Coniugi omne æs alienum soluenti regressus competat aduersus eos, cum quibus bona communia diuisa sunt? XXVII. de communione æris alieni, moto concursu. XXVIII-XXXII. Explicatur ius Hamburgense. XXXIII. Consummato demum matrimonio per thalami conscensionem oritur communio æris alieni. XXXIV. Variæ inde deductæ conclusiones. XXXV. Aes alienum stante matrimonio contractum supponitur: quorsum et mulcta pertinet. XXXVI. Diuersa ratio confiscationis bonorum. XXXVII. Quænam sint debita matrimonialia? XXXVIII. Ad ea non pertinent debita quorum dies vel conditio existit secutis nuptiis. XXXIX. An discrimen faciendum inter debitum sociale et non sociale? XL. Moto concursu ob debita ante matrimonium contracta, vxor illata

petit. XLI. Ius coniugum pactis dotalibus a communione recedendi.

§. I.

Quidam statuta damnant, quæ obligarunt coniuges ad æs alienum pro coniuge soluendum.

Autor eſt MEVIVS *Part. III. Decis.* 123. in dubium vocatum fuiſſe, vtrum ſtatutum, quod vxorem *ad æs alienum mariti ſoluendum* obligat, vires habeat, vt ſecundum illud vxor condemnari queat, ſi vel maxime omnibus bonis eo ipſo exuatur? Vxor enim in prima inſtantia condemnata ob debita prioris mariti, iuſtum ſe habere grauamen inde exiſtimabat, quod ſtatutum eiusmodi *impium, iuri diuino et humano contrarium*, et ideo *inualidum* cenſeri deberet, atque haud obſeruandum. conf. HARPRECHT *in conſult. conſ. 97. n. 26. ſqq.* Qui in hanc inciderunt hæreſin, iuris Romani ſententia adeo ineſcati ſunt, vt quicquid ei repugnat, impium, et quod eius principiis non reſpondet, invalidum atque non ferendum eſſe exiſtimauerint. Animadverterunt, Romanos admodum fauiſſe dotibus vxoris, atque conſtituiſſe, *Reipublicæ intereſſe, mulieres ſaluas dotes habere, propter quas nubere poſſunt, L. 2. D. de iure dot.* indeque dotium cauſam ſemper et vbique præcipuam eſſe, quod, vt ait POMPONIVS *in L. 1. D. ſoluto matrimon. publice interſit, dotes mulieribus conſeruari, quum dotatas eſſe feminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, maxime ſit neceſſarium.* Quoniam vero vxor dote omnibusque ceteris bonis exuitur, ſi mariti ære alieno prægrauata, illud ex ſuo patrimonio ſoluere cogitur, tale ſubire videtur infortunium, quod in vniuerſam Remp. redundat, ſalutique Reip. admodum aduerſatur, quo iure nihil iniquius excogitari poſſe iudicatur. Quocirca olim ne quidem pacta valebant, quæ cau-

causam dotis deteriorem reddebant, *L. 2, L. 6. D. de pactis dotalibus*, *L. 14. L. 17. eod.* cuius consequens esse videtur, vt nec consuetudo nec statutum, dotibus tam infensum, valere possit, quod *statutum* et *pactum* pari passu ambulare dicantur. RAVCHBAR. *P. 1. qu. 36. n. 1.* Et quia ad minimum ex his adductis rationibus quaestio dubia est, aiunt dissentientes, in dubio et ambiguis pro dotibus esse respondendum, *L. 70. D. de iure dot. L. 85. de reg. iur.* vt haec salua subsistat. Accedunt aliae ratiunculae, quae iuris *naturae* et *diuini* praeceptum prae se ferre videntur, videlicet neminem ex alieno contractu obligari nec alterius facto praegrauari: nihil iniquius esse, quam eum exspoliare bonis, qui consensum suum aeri alieno non dedit: ideo cautum esse, vxorem pro marito non obligari, nec vice versa, *L. 1. Cod. ne vxor pro marito;* adeo vt si coniuges se in eodem instrumento *principales debitores* constituerint, magis tamen maritus tantum contraxisse credatur, vxor vero ob beneficium SCti Velleiani immunis sit, vtpote quae magis intercessisse, quam principaliter contraxisse dicitur. *Auth. si qua cod. ad SCtum Velleian.* quod plenius illustrat HEESER *de commun. bonor. P. II. loc. 23. n. 48. sqq.*

§. II. Notiora haec sunt, quam vt vberiori explicatione indigeant, quae sola iis placent, quibus *iura patriae* nauseant, et nil eruditum et iustum esse videtur, nisi quod Romanam antiquitatem referat, vt ZIEGLERVS *de praed. censit. rural. §. 20.* eiusmodi obiectiones in genere redarguit. Habuerunt matrimonia apud quascunque gentes peculiares rationes; adeoque fieri non potuit, vt eorum iura vbique essent eadem. Alius fuit connubiorum status apud *Romanos*: alius et longe diuersus apud *Germanos*: quid, quod sub

Status connubiorum Romanorum tale ius non admisit.

ſub republ. *regia et populari* Romanorum coniugia longe diuerſam conditionem ab illa habuerint, quæ poſtea ſub Imperatoribus iis data eſt. Ab vrbis conditæ primordiis coniugii inſeparabilis vinculo coniuges ligabantur: vxor erat in manu viri, vt filia in poteſtate patris: diuortia prorſus incognita; demum anno V. C. 523. inuſitato quodam exemplo introducta teſte GELLIO *lib. XVII. cap. XXI.* quicquid inferebat vxor et acquirebat conſtante matrimonio, mariti erat, et ita *per indirectum* eueniebat, vt etiam vxor ad æs alienum defuncti mariti ſoluendum teneretur, vti filia patris debitis prægrauabatur, quia vtraque erat *ſua* et *neceſſaria heres*, teſte VLPIANO *tit. XXII. fragm. §. 17.* Aſt ſub imperatoribus fere deſierunt vxores in manu viri eſſe, nouo contrahendi connubia introducto modo, et antiquo rarius in vſum deducto, quo ipſo contingebat, vt noua iura circa dotem aliaque bona vxorum conſtituta fuerint, præſertim quod nexus coniugalis admodum iam laxatus, et per abuſum diuertendi licentia nimium extenſa fuiſſet. In tali *ſtatu connubiorum nouo* conſulendum erat feminis, vt dotes ſaluas haberent, nec obruerentur ære alieno mariti. Neque enim bona in domum mariti illata patrimonium vxoris eſſe deſinebant, quæ adeo non communicabantur marito, vt etiam dos *vxoris eſſe* diceretur, *L. 75. D. de iure dot.* et vxori quoque poſſeſſio adhuc ſalua relinqueretur. *L. 15. §. 3. D. qui ſatisd. cog.* Cenſuit quidem PLVTARCHVS *tom. II. quæſt. Roman. p. 265. viri et vxoris omnia debere eſſe communia* et MODESTINVS *in L. 1. de R. N.* adſcripſit nuptiis *conſortium omnis vitæ ac diuini et humani iuris communicationem*, quæ ipſam bonorum communionem deſignare videtur, æque vt GORDIANVS in *L. 4. cod. de crim. expil. hered.* vxorem *ſociam rei humanæ atque diuinæ domus* appellat. Aſt ſicuti hæ locutiones

tiones matrimoniis iuxta *leges antiquas* contractis propriæ erant, et a ICtis atque Imperatoribus repetitæ, quod eorum vſus non prorſus deſiiſſet, et ſimul ſtatus eorum connubiis magis conuenire crederetur; ita palam eſt, matrimoniis, *ſolo conſenſu* initis, quibus ſtatus vxorum non mutabatur, *veram* bonorum *communionem* defuiſſe, adeoque inde fluxiſſe concluſionem, vxorem æri alieno mariti haud obnoxiam eſſe.

§. III. Longe diuerſam naturam habuerunt Germanorum connubia ab vltima eorum notitia, adeo vt ſicuti coniuges vna caro fiunt, vnumque quaſi corpus conſtituunt, ita Germanis nihil æquius, nihilque conuenientius viſum fuerit, quam vnum et indiuiſum aſſignare coniugibus patrimonium, vt vtrique æquale ius in ſolidum in collatis et acquiſitis bonis competeret, et ita etiam vtriusque æs alienum confunderetur. Atque eiusmodi matrimoniorum ſtatum longe præferendum eſſe lubrico atque admodum fragili Romanorum connubio, ſecundum leges recentiores effigiato, facile agnoſcunt, qui ſedulo perpendunt, eiusmodi bonorum communione *promoueri amorem et induſtriam coniugalem, dum communia communi ſtudio curant ex ſpe communis lucri: multa præpediri iurgia, quæ ex diſcrimine mei et tui inter coniuges aſſidua, periculoſa tamen et indecora: tandem et mercimoniis plurimum proficere, quæ facilius ex communibus coluntur, diſcretione autem bonorum inter lites et interuentiones domeſticas magis impediuntur, imo et exteros alliciunt, vbi tutiorem mercaturam ex communi induſtria, periculo et commodo coniugum non fruſtra ſperant, nec interuentiones muliebres ratione bonorum ſuorum metuere coguntur*, vt cum MEVIO *ad ius Lubec. P. I. tit. 5. art. 5. n. 11. ſqq.* rationes ſubducit FINSTERWALDER

Diuerſus ſtatus connubiorum Germaniæ.

in quibus ob communionem bonorum coniugum debita confunduntur.

WALDER *in obseru. pract. lib. IV. obs. 6. n. 42. seqq.* In compendio totam causam complectitur IVSTVS VERACIVS *in consuet. Bambergens. P. 2. qu. 1. 2. seq.* cuius verba, illustrationi huius materiae admodum inseruientia, adduxit Dn. a LVDEWIG *diss. de success. coniugum et dissert. lib. diff. 2. lit. H.* quaeque ex eo in rem meam huc trahere e re erit: *Communio bonorum inter coniuges longe aliter hic accipitur, quam apud Romanos eorumque in societate et de communi diuidundo et herciscundae familiae iudiciis. Hic enim reuera diuisa est res, et nemo possidet eam in solidum; sed coniux Germanus quiuis totius patrimonii vtrobique confusi est dominus, et quae vxoris fuerunt, iam et mariti sunt, atque contra,* etc. Inde post pauca pergit: *Ceterum superstes tenetur soluere mulctam et aes alienum, quod coniux alter contraxit quocunque nomine et causa, quamuis superet alteram partem. Vnius enim dominium fuerat idem, quam alterius et cuiusque in solidum.*

Communionis antiqua varia supersunt documenta.

§. IV. Loquuntur adhuc leges antiquae populorum Germaniae, diplomata, chartae, et alia varia antiquitatis documenta, vnum inter coniuges indiuisumque fuisse patrimonium sine vlla distinctione bonorum, quam ius Romanum in foro suo obseruauit. Testes sunt tot statuta locorum, leges prouinciales Germaniae, et mores vbique adhuc obuii, nec hodie communionem bonorum inter coniuges vbique sepultam et per iuris Romani vsum deletam et exstinctam esse, ex qua adhuc plura rudera etiam iis in locis supersunt, in quibus ius Romanum principatum tenere videtur. In *iure Saxon. Prouinc. lib. 1. art. 31.* haec generalis iuris antiquissimi regula traditur: Mann und Weib haben nicht gezweyet Guth zu ihrem Leibe, quae quid aliud innuit, quam coniuges vnum

vt ius Saxonic.

et

et indiuisum communi iure possidere patrimonium, quamdiu viuunt? Vno eorum exstincto diuisio instat, vnde certa pars ex bonis communibus superstiti debetur; imo liberis deficientibus, vniuersa substantia bonorum ei debetur, quod *antiquae communioni bonorum* admodum conforme est, adeo vt Saxo potissimum de iure *Saxonico*, quo certa partitio iam erat recepta, loquatur in verbis zu ihrem Leibe. Huc etiam collineant sequentia *ex cit. art.* Kein Weib mag auch ihres Guths nichts vergeben ohne ihres Mannes Willen, daß er es durch Recht leiden darff. Idem in *iure Sueuico c. 10. iuxta edit.* SCHANNATTI et *c. 271.* iuxta *Bergerian. edit.* repetitum est, adiecta hac notabili in codice Bergeriano appendice: Noch ein Mann ohne seines Weibes Willen, i. e. bona alienare potest. Id enim postulat ratio *communis et indiuisi patrimonii*, vt neuter absque assensu alterius inde quid donare vel erogare possit, ne ius alterius in re communi lædatur. In Saxonia id attribuunt *vsufructui*, quem *marito* in bonis vxoris largiuntur, indeque inferunt, in eius præiudicium nihil fieri posse; haud cogitantes, non soli vxori facultatem alienandi ademtam, sed etiam eandem marito interdictam; præterea *marito* ius percipiendi reditus deberi non iure *vsusfructus*, sed ex *bonorum communione*, adeoque *vsumfructum* hic concipi non posse in sensu iuris Romani, qui æque in re tali communi ac in propria exulat. Æque incommode *vsumfructum maternum statutarium* fingunt, de quo *speciali tract.* egit B. HARPRECHT, qui itidem proprie dictus *vsusfructus* non est, sed ius, quod matri, defuncto marito, in *bonis communibus*, quibus cum liberis suis incumbit, competit, postquam cum liberis indiuisum patrimonium continuat, de quo infra agendum est. Hæc *qualitas* vnice alienationi obstat: hanc antiqua diplomata in ipsis rerum argumentis

ex tali qualitate bonorum singulis inter-

dicta alienatio.

mentis agnouerunt, quibus *traditiones* donationesque in ecclesiis aliaque pia loca facta sunt. Etenim vel *communi* vtriusque coniugis *nomine* et sub formula *coniuncta manu, communibus manibus*, donationes conceptæ sunt; vel si principaliter maritus eas fecit, clausula: *cum consensu vxoris meæ*, sunt corroborata, vti quam plurimis *traditionum antiquarum* formulis probatum dedit Dn. PRAESES *dissert. de statu antiq. et hod. donat. inter vir. et vxorem circa finem.*

Vsus iuris antiqui adhuc amplissimus est.

§. V. Neque vero credendum est, hæc, quæ allata sunt, tantum imaginem veteris Germaniæ repræsentare: aliis hodie legibus eam informatam esse, solisque Romanis viuendum esse legibus. Etenim vt de iure Hamburgensi nihil iam dicam, de quo mox speciatim agendum; conclamatum est, affinia loca pariter adhuc communionem hanc colere sanctissime, eamque in ciuitatibus *Lubecensi*, *Luneburgensi*, *Hildesiensi*, *Bilefeldensi*, *Mindensi*, aliisque Westphaliæ locis in viridi esse obseruantia. In ducatu *Würtembergico* pariter eadem obtinet, teste *iure eiusdem prouinciali*, imo fere per vniuersam *Sueuiam* atque in omnibus ciuitatibus imperii, vt iura *Norica*, *Francofurtana*, *Mulhusana*, cetera, testantur. vid. B. de LYNCKER *de acquæst. coniug.* Inprimis euidentissima et fincera *iuris antiqui* rudera deprehendi in *statut. Mulhusanis lib. IV. art. 20. §. 1. et 2.* kommen zwo Personen ohne Kinder zusammen in rechter Ehe, und erzeugen in derselben Ehe Kinder mit einander, stirbt alsdann derselben Ehe-Leute eines, so behält das überbleibende die väter- und mütterliche Gewalt (quæ iure Romano non datur) über die mit einander erzeugte Kinder, und bleibt ein Herr aller Güther, welche sie beyde nach der Einseegnung oder priesterlichen Trauung und beschrittenen Ehe-

Bette

Bette mit einander zusammen gebracht, erworben, ererbet und besessen haben. Und haben die Kinder keine würckliche Anfordrung an solchen Güthern, so lange der überbleibende Vater oder Mutter am Leben und im Wittwen-Stande bleibt rc. Quodsi diuisio facienda, iuris huius ratio postulat, vt debita ex communibus bonis soluantur, quod *§. 16.* prouisum: Vor allen Dingen aber, ehe dann solche Theilungen vorgenommen werden oder geschehen, sollen beyderseits Ehe-Leute Schulden aus denen gesammten Güthern gezahlet werden. Conf. *Lib. IV. art.* 21. *§. 1.* speciatim vero *lib. III. art. 6. §. 1.* de hac communione hæc lex generatim scripta est: Wann zwo Personen sich mit einander verehligen, was sie alsdann beyderseits in die Ehe an Heyraths-Guthe oder sonsten bringen, was ihnen auch in stehender Ehe auffstirbt, oder sie mit einander erwerben, solches alles ist, so lange die Ehe währet, beyden Eheleuten auf gewisse Maße gemein. Ex quo principio in *art. seq.* plura speciatim constituta de eo argumento, quod secundum ius Hamburgense explicare constitui, de quo infra. Iure statutario *Coloniensi* adeo communio bonorum retenta est, vt *P. II. statut.* qua continetur der Stadt Cölln alte Rechte *art. 37. p. 61.* de æris alieni communione ita cautum sit: Welche Schuld ein Mann besonder macht, oder der Mann mit dem Weibe sämtlich machen oder gemacht hätten, dieweil sie bey einander als Ehe-Leute sitzen, gerast und geruhet, unterscheiden und ungetheilet, die Schulden sollen sie von ihren Güthern zusammen bezahlen. In *ducatu Slesuicensi* et *Daniæ* regno vxorem rerum omnium sociam esse obseruat CYPRAEVS *de iure connub. C. 5. §. 14. n. 4.* Pariter HENELIVS *de commun. bonor. p. 493.* ex Wenceslai episcopi Wratislauiensis *Ord. eccles. art. 3.* communionem in *Silesia* obseruat atque expli-

explicat. In *Marchia*, *Saxonia*, ducatu *Magdeburgico* plurimæ itidem occurrunt reliquiæ ex veteri *communione*, quæ licet per varias iuris Romani doctrinas infectæ sint pedetentim, euidens tamen est, sanum de iis iudicium ferri non posse, nisi iuris antiqui principiis assumtis. De variis aliorum populorum scitis, communionem bonorum in societate coniugali confirmantibus, agit LAMBERTVS GORIS *tr.* I. *aduers. iur. subcis. C. 1. n. 13. seqq.* speciatimque docet, coniuges Bruxellenses, Mechlinenses, Leodienses, Louanienses, Namurcenses, Geldrienses et alias in communione bonorum viuere, quod etiam speciatim illustrant ABRAHAMVS a WESEL *de connub. bonor. societ. tr. 1. n. 6. sqq.* et LAVTERBACH *diss. de societ. bonor. coniug.* Et infinitum foret, omnium locorum prisci iuris vestigia referre, quæ inprimis in hodierna successione coniugum sese produnt, vbique fere ex bonis coniugum communibus facienda.

Fundamentum huius communionis ex Tacito illustratur,

§. VI. Fundamentum huius iuris tot populis communis euidentissime suo tempore tradidit commemorauitque TACITVS *de mor. Germ.* aiens: *ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur mulier, venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in prælio passuram ausuramque, hoc iuncti boues, hoc paratus equus, hoc data arma denunciant.* More diuerso Romanorum vxores viuebant: sociæ periculorum laborumque non erant: onera domestica atque matrimonii soli marito incumbebant, vt fere vxor procreandorum liberorum causa duntaxat haberetur, *non laborum communium*, a quibus abhorrebant. Nullo itaque iure petere poterat partem ex *acquæstu coniugali*, marito proprio, quod is eum suis laboribus acquisiuisse præsumeretur, et vxores ab operis marito præstandis alienissimæ essent. *L. 46. de oper. libert.*

et moribus vxorum Germaniæ diuersis a moribus Romanis.

libert. Discrimen hoc etiam obseruat FICHARDVS *tom. II. consil. 138. n. 4.* et illustrat B. de LYNCKER *de acquis. coniug. §. 12. in fin.* his verbis: *hodie propter communia lucra sunt prorsus aliter vxores in domo mariti constitutæ, ex consuetudine patria, ex ordinationibus et statutis: non propter solam prolem, siue generationem liberorum, sed mutuum quoque auxilium in acquisitione coniugali. Romani solam restituebant dotem ad onera sustinendi matrimonii concessam: Germani præter dotem ex matrimonio quæstum vxori tribuunt propter communia onera et commoda.* Quocirca quicquid hoc rerum statu reperitur in domo defuncti mariti, commune censetur, communi labore acquisitum, nec si quid forsan vxor seorsim possidet, vllam suspicionem mali acquæstus habet, quem tanquam *socia domesticarum curarum et laborum* acquisiuisse præsumitur. Aliter Romanorum *res domesticæ* sese habebant. Vxores ad augendum patrimonium parum conferebant, nisi vel ex *hereditatibus* vel ex *donis*, vel alia prospera fortuna quid eis obuenisset. Difficultas ergo sæpe obueniebat: vnde aliquid ad vxorem peruenisset, quod nihil vel parum suis laboribus acquireret? Censuit Q. MVTIVS *verius et honestius esse, quod non demonstratur, vnde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam peruenisse*, quod declinandæ et auertendæ suspicionis causa, ne ex *turpi quæstu* id acquisiuisset, probatum est iuxta *L. 51. D. de donat. int. vir. et vxor.* Nunquam forte de titulo hoc soliciti fuissent Romani, nec tam sinistram concepissent suspicionem contra vxores, si rebus domesticis augendis æqualem cum maritis impendissent operam, vti quidem Germanorum sociæ thori et laborum. Commune aut vulgatum erat Romanis, quod PLAVTVS *in Casin. act. II. Sc. 2. v. 27.* ait:

Romanorum vxores, quicquid habebant, a marito accepisse videbantur.

quæ habet parta, ei haud commodi est,
quin viro aut subtrahat, aut stupro inuenerit:
hoc viro censeo esse omne, quicquid tuum est.

Nec amplius secundum mores antiquos integriores viuebant.

Equidem COLVMELLA, qui tempore CLAVDII floruit, *lib. XII. de re rustica* longe æquius de moribus *Romanarum mulierum* ferre videtur iudicium, diuersumque plane testimonium aiens: *apud Græcos et mox apud Romanos vsque in patrum nostrorum memoriam fere domesticus labor matronalis fuit tanquam ad requiem forensium exercitationum, omni cura deposita patribus familias, intra domesticos parietes se recipientibus: erat enim summa reuerentia cum concordia et diligentia mixta, flagrabatque mulier pulcherrima diligentiæ æmulatione, studens negotia viri cura sua maiora atque meliora reddere: nihil conspiciebatur indiuiduum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse sui iuris diceret; sed in commune conspirabatur ab vtroque, vt cum forensibus negotiis matronalis sedulitas seruaret industriæ rationem.*

quos Columella depingit.

Ni me omnia fallunt, refert COLVMELLA atque repræsentat vxores antiquo more viuentes, vel potius de præterito tempore non de suo loquitur. Quamdiu vxores erant in *manu viri*, omni exclusa diuortiorum licentia, seseque temperabant ab omni luxuria, vt ne quidem sub periculo capitis iis vinum bibere fas esset, *nihil conspiciebatur indiuiduum, et in communi conspirabatur ab vtroque*, vt COLVMELLAE verbis vtar. Ast his desierant moribus dudum viuere eo tempore, quo CLAVDIVS vixit, quod IVVENALIS aliique coæui scriptores, mores vxorios grauiter notantes, passim testantur. Quæ causa est, quod de *operis vxoris* tam rara in iure nostro appareant semina, licet interpretes commentaria sua hac doctrina impleant, aliena iis intermiscentes, et quæ domi geruntur, ad ius Romanum trahentes.

§. VII.

§. VII. Non ergo mirandum est, hos diuersos Romanorum a Germanis mores diuersa plane produxisse iura, quae adeo ab omni communione abhorrent, vt etiam *acquaestus coniugalis* plane iis incognitus sit, nec de diuidendo *lucro communi*, prout alias societatis et communionis iura postulant, aut de aere alieno ex bonis his soluendo quicquam cavere potuerint. His principiis tantum hodie innutritis plane incongruum atque iniquum visum fuit, vxoris bona pro mariti debitis hastae subiicere, eamque ob hoc aes alienum excutere, adeoque vel iura, hanc *aeris alieni communicationem* inducentia, damnant, vel irregularia, particularia, exorbitantia atque ita comparata esse censent, vt ad *regulam* in foris Germaniae trahi nequeant. Ob oculos sibi ponunt illud CASSIODORI *lib. IV. ep. 10*: *His multo acerbiora iungentes alienis debitis ad solutionem alias trahi, solamque causam probabilem videri, si aliqua debitori potuit in ciuitate coniungi. O iniquum persuasionis errorem! Diuiduntur causae germanis. Filius obligationi paternae, si non sit heres, exuitur. Vxor maritalibus debitis, nisi per successionis vincula, non tenetur. Et audacia ad solutionem trahit extraneos, cum absoluant iura coniunctos.* Quocirca *statuto* particulari tale quid adscribunt, quo nomine *ius mere particulare* locorum paucissimorum designant, quod a *regula*, a *iure communi* deuiet. Ita enim *§. 1.* concepta est quaestio proposita, *vtrum tale statutum, quod vxorem aeri alieno subiicit pro marito, valeat?* Enimuero nimius erga ius Romanum amor, atque inueterata opinio, quod id vnice *regulam* in Germania constituat, effecerunt, vt quae ex genuinis *antiqui iuris* principiis passim per totam Germaniam adhuc supersunt, ad *statutaria et localia* iura, h. e. ad *exceptionem* referantur, et sub hac incommoda appellatione eorum autoritas atque obseruantia hoc

Ergo Romanorum vxores acquaestum coniugalem sibi asserere non potuere.

adeoque hodie ICti statutis particularibus talia iura attribuunt.

modo ſupprimatur. Commune fere effatum ICtorum eſt: *ne vxor pro marito, niſi ſtatuto recepta fuerit bonorum communio.* Accuratius, me iudice, et conuenientius rationes ſubducerent, qui in Germania iura tradentes regulam inuerterent aſſerentes: *regulariter vxor pro marito, niſi conſtet, ius Romanum certo in loco communionis bonorum principia deleuiſſe.* Sunt enim *leges prouinciales* atque *ſtatuta* ſingulorum fere Germaniæ locorum nihil aliud, quam iurium antiquorum Germaniæ conſeruatio, non nouiter aſſumta vel introducta, ſed contra iuris Romani inualeſcentis vſum vindicata et aſſerta. Atque hæc in nulla alia re magis conſpirant, quam in *communione bonorum coniugali*, quod arguit, omnia ex communi ſimiliue fonte eadem manaſſe. Quodſi ergo a *potiori* facienda eſſet regula, et ex vſu frequentiori per Germaniam de quæſtione *§. 1.* allata iudicium ferendum, dicendum foret, regulariter in Germania vxorem teneri ad æs alienum mariti ſoluendum, et *in dubio* ſecundum eam regulam pronunciandum eſſe, niſi conſtaret, ius Romanum in certo loco communionem bonorum funditus ſuſtuliſſe. Id ſuadet præſumtio pro *iuris domeſtici* obſeruantia, id confirmat tot locorum et prouinciarum conſpiratio et iuris eiusdem conformitas. Sed quia hoc per diuturnum temporis tractum in academiis neglectum, et *ius Romanum* vnice traditum eſt: inde ex eo *pro regula* aſſumtum eſt: *ne vxor pro marito;* contrarius autem vſus mira metamorphoſi ſtatutis particularibus adſcriptus.

quod reprobandum eſt.

Inde ius ſtatutarium ſtricte accipiendum eſſe docuerunt.

§. VIII. Produxit videlicet hæc hypotheſis nouam iurium ſed inconcinnam interpretationem, vt, quia quæ *iuris Germanici antiqui* principia genuina continent, ſtatutis particulariter receptis adſcripta ſunt, conſtituerent, hæc *ſtricte* et

et ita explicanda esse, ne nimium ab vsu *iuris Romani* recedant: ius Romanum, vtpote *regulam* vbique præferendum, adeo, vt in quibus talia *statuta* ab eo deuiant, quantum fieri potest, ex eo *suppleantur*, *explicentur*, *restringantur*. Ita quando ex communione bonorum retenta, vxor pro marito defuncto soluere tenetur, id intelligendum esse aiunt, salua *electione* vxoris, vt ei integrum sit, successioni statutariæ renunciare, receptis illatis, seseque hoc modo liberare à solutione æris alieni pro marito. Hanc *electionem et facultatem* renunciandi iuri Romano congruam esse censent, quo permissum est, soluto matrimonio repetere dotem et reliqua illata, et *successioni delatæ* renuntiare, si hæc magis oneri quam commodo fore videatur. Sic in *constit. Marchica* von Erb-Fällen zwischen Ehe-Leuten, quæ ex intima iuris Germanici prudentia tracta est, assignatur coniugi superstiti *dimidia communium bonorum* cum hac appendice: Jedoch soll erstlich Dienst-Lehn und Schuld aus gemeinen Guth bezahlet werden, vnde liquet, *communionem* in Marchia ab antiquo obtinuisse, cuius consequens est tum *solutio æris alieni*, tum *dimidiæ partis vindicatio*. Quid ergo si præmoriens relinquat grande æs alienum, an superstiti licet sua repetere et dimidiam repudiare? Id *communioni* e diametro repugnat, quæ non demum incipit tempore *mortis*, vt quidam fingunt, sed durante matrimonio obtinuit (quomodo enim communio incipere potest, cuius fundamentum morte sublatum?) adeoque obstringit coniugem simpliciter ære alieno contracto, adimitque facultatem repetendi illata, quæ semel *communia* facta, et in vnum cum defuncti bonis patrimonium conflata et redacta sunt. Nihilominus SCHEPLITZ *ad consuet. March. P. III. tit. 4. qu. 3.* et KOHL *ad constit. March. qu. 5. n. 1.* repetitionem illatorum vxori concedunt in fraudem creditorum, quod *hic casus*

et ex iure Romano explicandum.

quod illustratur exemplo.

casus in constitutione omissus decidendus sit ex iure communi, quod optionem ei, cui hereditas defertur, concedit, pro lubitu eam adeundi vel repudiandi, vt KOHLII verbis ipsissimis vtar. Addit in sequentibus varia alia scita iuris Romani de *iure dotium*, quæ tamen vbi *communio bonorum* viget, plane incongrua sunt. Ita ineptissime ius, cum iure Romano prorsus repugnans, ex iure Romano explicatur, et propriis principiis neglectis, aliena assumuntur. Concedo etiam iure Germanico integrum esse repudiare *hereditatem*, et ita a solutione æris alieni se liberare. Enimuero 1) vxor dimidiam vindicans proprie non succedit, sed iure *diuisionis* ex antiqua durante matrimonio exercita communione eam capit: 2) si hanc dimidiam repudiat, nihil repetit, quia illata communibus bonis insunt, et postquam cum mariti bonis semel ipso iure *communicata* atque *confusa* sunt, propria vxoris esse desierunt, quia contradictionem inuoluit, aliquid *proprium* et simul *commune* esse: 3) iure *communionis* adstringitur vxor ære alieno mariti, nec se salua iuris ratione ab eo liberare potest, si vel maxime *dimidiæ* renunciat in fraudem creditorum, et sua (vel quæ quondam *sua* fuerunt, non vero amplius sunt) repetit, id quod iuris Germanici fundamenta non permittunt. Quia vero hæc plane neglecta, et in materia, iuri Germanico vnice propria, aliena principia assumta sunt, non potuere non plures erroneæ conclusiones inde sequi, quæ *vsus forensis* autoritate contra *L. 39. de leg.* firmantur, quod errores vt plurimum magis quam veritatis fundamenta foueantur. Qua de causa etiam a plurimis Marchicis ICtis negatum fuit, *communioni* inter coniuges constante matrimonio locum esse, vti liquet ex traditis KOHLII *cit. loc. qu. 2. n. 3.* B. STRYKII *de success. diss. IV. cap. 3. §. 36.* aliorumque, quibus tamen aperte reclamat *constitutio* prædicta, eiusque dispo-

dispositio von gemeinem Guthe, qua conclusiones ex ipsa *communionis* intima ratione deductæ continentur; quibus positis probatis aut assumtis, non potest absque cauillatione negari *communio*. Quomodo enim de *bonis communibus* et eorum diuisione quid disponi potuisset, nisi legislator supposuisset, in Marchia æque vt in variis Germaniæ prouinciis inter coniuges bona esse communia? Effectus testatur de causa, et ἄτοπον est, illum admittere atque hunc negare. In hanc scyllam nunquam incidissent interpretes, si doctrinam iuris Germanici ex suis propriis explicassent principiis, alienis repudiatis, nec supposuissent, in hac doctrina *regulam et ius commune* esse iuris Romani scitum: *ne vxor pro marito;* ius *particulare* vero et *exceptionem* in contrario iure ex legibus Germanorum deducto contineri. Hoc posito sequentes flosculi in promtu fuerunt: *Quoniam statutum ius commune supponit, indeque deficiente statuto ad ius commune recurrendum est, tanquam ad thesaurum, in quo omnia decisa reperiuntur, siue positiuo siue vniuersali iure, quæ statuto aliter expressa non sunt; ideo quam minimum a communi iure censetur recessum esse: imo et statutum recipit interpretationem a iure communi, et debet statutum cum iure communi reduci in consonantiam, quantum fieri potest, et vt minus illud corrigat, quamuis verba in hunc finem impropriari oporteat.* Tracta hæc sunt ex tract. B. LYNCKERI *de statutis ciuitat. prouincial. §. 35. n. 1. sqq.* quæ ita comparata, vt virtute illorum peregrina domesticis misceri et iuris patrii scita ex iure illi contradicente obscurari, turbari et corrumpi debeant. Vnde enim tanta diuersorum principiorum mixtura et tam læta *forensium contradictionum* seges ortum traxit, quam ex præiudicio hactenus notato, repudiato atque destructo? Desino vero, plura addere, vt eo citius scopum attingam.

Communis sententia interpretum de interpretatione iuris statutarii.

§. IX.

Ex hactenus dictis principia adequata praemittuntur.

§. IX. Concludo ergo ex eis, quæ dicta sunt, 1) communionem bonorum inter coniuges fuisse olim *ius commune* per *Germaniam*, Galliam, aliasque prouincias: 2) eandem tamen prorsus cum iure Romano eiusque principiis pugnare: 3) huius iuris vsurpatione non obstante in plerisque locis, ciuitatibus, prouinciis, agris ius *antiquum commune* de *communione coniugali* retentum et propagatum fuisse: 4) dubia et quæstiones circa hanc doctrinam obuenientes ex *iure proprio* explicanda esse: abstinendum vero 5) *ab alienis et repugnantibus principiis*, adeoque 6) falsum et erroneum, si lex ex hac communis iuris Germanici doctrina desumta non adeo clara et absoluta est, eam omnem suam interpretationem ex iure Romano, tanquam *thesauro vniuersali*, petere debere, imo (quod magis est) etiam in quo deficit, supplendam esse: 7) cauendum esse, ne quæ vulgo *iuris statutarii* esse dicuntur, ita iuri Romano in quibuscunque materiis opponantur, vt ius *particulare* iuri communi opponi solet, quum vt plurimum sub hac appellatione *iura Germaniæ antiqua genuina et communia* comprehendantur ac intelligantur. Quid enim vulgatius est, quam coniugibus attribuere *portionem statutariam*, et tamen hæc ipsa fundamentum suum in generali principio et *communi* inter coniuges *patrimonio* habet, licet pedetentim quantitas eius determinata fuerit. Denique 8) primario *ad naturam ipsius rei* esse respiciendum, et inde emergentes quæstiones decidendas. Natura *communionis huius* in eo consistit, quod vtrique coniugi tam dominium quam possessio in bonis communibus competat, et ipso iure acquiratur, adeoque etiam æs alienum commune sit, prout natura *communionis* id postulare videtur. Hoc posito, altero defuncto, superstes non tam *succedit*, quam suam portionem iure *communionis* capit. Equidem defuncti portio *iure heredi-*

hereditario deuoluitur ad liberos, et *superstes* cum iis diuisionem instituit; sed sicuti portio defuncto debebatur *iure proprio*, ita eodem iure superstiti debetur, quod optime obseruat LAVTERBACH *de societ. bonor. coniug. cap. 1. §. 4.* Breviter: *communio*, constante matrimonio, sese plene exserit et exercetur: diuisio communis patrimonii, soluto morte coniugio, suscipitur.

§. X. His præmissis *ad communionem æris alieni inter coniuges Hamburgenses* propero. Quia enim ciuitas Hamburgensis optima atque fidelis legum Germanicarum cultrix fuit, atque in plerisque doctrinis, quæ a Romano iure divortium faciunt, principia antiqui iuris conseruauit, palam est, me dum eius statuta explico, simul ea, quæ fere in *universa* olim *Germania* obtinuerunt, tradere atque illustrare. Quorum cognitio tamen adhuc hodie vtilissima est, postquam iam obseruaui, in plurimis Germaniæ locis quædam saltem huius *iuris antiqui rudera* superesse, ex proprio fonte explicanda. Ipsam autem bonorum communionem inter coniuges Hamburgenses adhuc obtinere, statuta aperte produnt, adeoque non potuere non quoque coniuges *in communionem æris alieni* vocare.

Thema hoc speciatim tangit iura Hamburgensia, generatim simul ius commune Germaniæ.

§. XI. Ante omnia autem præmittendum est, communionem bonorum inter coniuges esse vel *absolutam* vel *secundum quid* talem. *Illa* comprehendit quæuis bona, etiam hereditaria, præsentia et futura, ante vel post matrimonium contractum acquisita, indistincte etiam diuidenda, vt *vnum et indiuisum* coniugum patrimonium sit. *Hæc* vero constante coniugio *suo modo* omnimoda quoque est, sed, eo soluto, ita temperata, vt non omnia coniugum bona, quæ constan-

Communio coniugum vel absoluta vel secundum quid.

te matrimonio communia fuerunt, *in diuisionem* veniant, sed tantum, quæ vel constante matrimonio vel ante illud nouiter acquisita, quatenus vtrique coniugi acquiri possunt: vt cetera ad minimum non indistincte et liberis exstantibus in *diuisionem* veniant. Quum enim olim vxor vt *socia laborum*, teste TACITO, a marito recepta est, inprimis æquum Germanis visum fuit, illa communicare, quæ durante connubio acquisita et *collaborata* erant, vt passim in antiquis legibus dicitur, etiamsi liberi adfuerint. His deficientibus facilius omnia communicari, atque in vnum patrimonium consolidari potuere. In *tradit. Fuldensibus a* SCHANNATTO editis *sub N. 20.* in charta de anno 765. fit mentio duplicis patrimonii inter coniuges: *quantum nobis genitores nostri diuiserunt, et nos ipsi conlaborati sumus.* Item *N. 100. quod mihi pater meus ex iure proprietatis suæ in hereditatem reliquerat, et omne quod POSTEA ibidem exquisitum et elaboratum habemus.* Formula posterior distinguit duplex patrimonium 1) quod *iure hereditario* singuli a parentibus acceperant: 2) quod postea etiam constante connubio vel communi *labore* vel *aliunde* acquisiuerant. Sub *N. 101.* mentio fit speciatim eius, *quicquid simul elaboratum habemus.* In formulis MARCVLFI *lib. 2. c. 7.* facultates coniugum memorantur, *vndecunque tam de hereditate parentum quam de comparato et quod pariter laborauimus.* Prima classis comprehendit *hereditaria*: posterior vndequaque *nouiter acquisita*, siue ante nuptias, siue iis contractis acquisita essent. Sicuti vero illorum alienatio non indistincte permissa, sed tunc demum, vbi heredibus consentientibus suscipiebatur; ita communio quidem ad omnia extensa, sed soluto matrimonio *diuisio* non vbique ad hæc bona porrecta, sed tantum ad *acquisita* nonnunquam restricta, vnde dicta fuit *coniugalis acquæstus* h. e. das wohlgewon-

gewonnene Guth. In multis tamen locis latiorem ambitum accepit communio, vt paulo post tradam.

§. XII. Sed nec quæuis *acquisita* vbique in diuisionem veniunt, sed certis casibus et locis tantum illa, quæ *constante matrimonio* acquisita sunt, iis opposita, quæ ante illud maxime ex hereditatibus obuenerunt. Docent enim pleraque statuta, liberis exstantibus inprimis tantum hæc in *diuisionem* venire, quod liberorum intuitu placuit, ceu plurimorum locorum vsu probatum dedit, atque illustrauit GORIS *cit. l. tr. 1. n. 13. sqq.* Idem tamen *n. 32.* obseruat, in superiori tetrarchia Ruremundensi et in tractu Nouiomagensi sitis bonis hanc obseruari regulam: *res soli auitas contractu matrimonii non communicari quoad proprietatem, sed ad stipitem vnde originem trahunt, separata societate coniugali reuerti*, cetera vero omnia in diuisionem venire. Pariter WESELIVS *de connubiali bonorum societ. tr. 1. n. 83.* a communione bonorum coniugalium excludit *bona genearchica*, *quæ alias gentilitia seu familiaria*, *patrimonialia*, *truncalia*, *paterna, et antiqua hereditaria*, Stamm-Güther nuncupantur. Hæc enim dum lineæ inhæserunt, vnde profecta, alteri coniugi communicari non æquum visum fuit. Pariter LAVTERBACHIVS *de societ. bonor. coniug. cap. IV. §. 21.* a communione coniugali remouet *hereditates* cuilibet coniugum delatas, quæ nobis *vt debitæ* seu ab intestato obueniunt, vt *iure Würtenbergico P. 4. tit. 4. §.* Da nun prouisum. Extraneorum hereditates, quas tantum *testamentis* coniuges lucrantur, merito communibus annumerantur bonis, quia noviter durante connubio acquisitæ sunt, ceu IACOB SCHVLTES *Qu. pract. 14. n. 19. 27. sq.* recte statuit, vtut LAVTERBACH *cit. l. §. 22.* in alia omnia iuerit, *iuri ciuili* totus immersus, et rationes *iuris Germanici* admodum negligens.

Quandoque tantum acquisita veniunt in communionem.

 Hæc

Hæc vtriusque iuris mixtura, qua per interpretes, iuris Romani principiis innutritos, iuris Germanici prudentia corrupta est, varia pedetentim peperit *statuta scripta*, nec mirandum adeo est, ex tot ingeniorum varietate statutorum varietatem prouenisse, et noua quotidie inde produci dubia.

Illustratio dictorum ex iure Francofurtano.

§. XIII. Pauca quædam ex his diuersis delibabo statutis ad dicendorum illustrationem. In *reform. Francof. Part. V. tit. 5. art. 2.* communia hæc bona censentur: daß nemlich diejenige Güther, so zwey Eheleute in stehender Ehe bey einander, es sey durch eines oder sie beyde mit ihrem mühsamen Fleiß, guter treuer Haußhaltung und fürsichtiger Geschicklichkeit über dasjenige, so sie beyderseits zusammen gebracht, durch den Seegen Gottes erobern, und an sich bringen, vor erzeugte Güther verstanden und gehalten werden sollen. Sunt vero hæc tantum *diuisioni* obnoxia liberis existentibus: his deficientibus superstiti omnia bona, liegende und fahrende Güther, obueniunt, iuxta *art. 9. et 10. cit. reform.* Inde colligo, (α) omnia bona *hoc iure* esse communia: (β) et sic, liberis deficientibus, in solidum apud superstitem remanere: (γ) his vero exstantibus, solummodo constante matrimonio acquisita *diuidi*, quod in liberorum fauorem introductum, qualiacunque fuerint, exceptis (δ) *hereditariis*, so einem oder dem andern Ehegemächt in währendem Ehestande von seinen Eltern oder andern gesipten Freunden durch Testament oder ohne dasselbe aufsterben, oder insonderheit gesetzet, oder sonst geschencket werden, vt *art. 3. et 4. cit. l.* additur.

Mülhusano.

In *statuto Mülhusano* mens iuris antiqui passim euidentius exprimitur. Etenim *lib. III. art. 6. §. 1.* (1) bona quæuis inter coniuges, so lange die Ehe währet, dicuntur esse communia. Additur: (2) morte secuta communionem

nionem hanc per *diuisionem* cessare, de qua *lib. IV. art. 23. §. 1.* agitur; quocirca secundum eam liberis non exstantibus superstes illata et quæ iure hereditario, constante matrimonio, ei obuenerunt, præcipua habet, et dimidium præterea aller Zeit währender Ehe errungenen Güther capit. Defuncti illata et iure hereditario acquisita pro certa parte etiam superstiti cedunt, vnde liquet, re vera hæc quoque communia *suo modo* fuisse, vt dicitur *lib. III. art. 6. §. 1. in fin.* auf gewisse masse. Liberis exstantibus euidentiora *communionis omnimodæ* adsunt vestigia, vt *lib. IV. art. 20. §. 7.* declaratur, quia eo casu omnia bona *in diuisionem* veniunt, nihilque præcipui patri vel matri assignatur. Vnde concludo, *communioni omnimodæ* inter coniuges locum esse posse, vtut in *diuisione* quædam alicui præcipua sint. Diuersa diuidendi ratio introducta est iure *prouinciali Badensi P. VI. tit. 5.* vbi patre mortuo liberi existentes duas pater, mater tertiam von den errungenen und gewonnenen Güthern in stehender Ehe capit. Matre mortua liberi tertiam et pater duas capit partes de *acquæstu coniugali*. Inde tamen minime colligendum, communionem inter coniuges Badenses duntaxat respectu huius *acquæstus* adesse, nam liberis nullis exstantibus, iuxta *tit. 11. P. VI.* superstiti melior conditio assignata, et secundum *tit. 12.* solutio æris alieni ad hæc accommodanda est. Videlicet alia est ratio *communionis*: alia *diuisionis* suo tempore faciendæ. Illa *omnimoda* ad vitam suo modo potest esse, vt tamen hæc non æqualiter, nec eadem forma et modo in omnibus euenientibus casibus locum habeat. Etiam in communione per consensum ita leges *diuisioni* dari possunt, vt licet omnia durante societate communia sint, *diuisio* tamen secundum pacta conuenta instituatur, et quædam huic vel illi præcipua sint, quod LAVTERBACH *in diss. de societ. bonor.* Badens.

bonor. coniug. non accurate obſeruauit, et ita plura aliena per errorem huic doctrinæ admiſcuit. *Iure Leodienſi*, non quidem ſcripto, ſed non ſcripto, vt CAROLVS de MEAN *tom. I. obſeru. 51. n. 1.* docet, ius antiquum Germaniæ ſancte colitur, vt, non exſtantibus liberis, ſoluto matrimonio, ſolidum omnium bonorum dominium marito ſuperſtiti vel hoc defuncto vxori cedat, non iure quodam *hereditario*, ſed *communionis*, quod rerum conſtante matrimonio a coniugibus poſſeſſarum dominium indiuiſum penes coniuges iure connubii adfuerit, quod mortuo alterutro ſolitarie ſuperſtes continuat, vt recte IDEM *obſ. 110.* docet. Vocant hoc *ius manus plicatæ*, quod illud per *matrimonium*, dextris datis et ligatis, ipſo iure citra vllam conuentionem inducatur, vnde vulgatum illud: *Qui epouſe femme, epouſe ſes dettes*, vid. CAROL. a MEAN *obſ. 57.* Originem quidem IDEM *obſ. 55. n. 3.* ab illa connubii ſpecie deriuat, quæ antiquitus *per coemtionem* fiebat; ſine ſolido tamen fundamento, quod Germanis hoc ius proprium fuerit atque vſitatum, antequam vllum cum Romanis commercium habuerint, aut eius ſcita aſſumſerint, quid quod, his aſſumtis, nihil amplius ex veteris Latii fabulis, iam dudum ſepultis et fere veteranis interpretibus ignoratis, mutuare et in rem ſuam vertere potuerint. Denique quid opus eſt origines rerum petere a Romanis, Græcis aliisue populis, ſi fontes earum liquidiſſimi et genuini in ipſo natali ſolo apparent, licet quædam etſi leuidenſis conuenientia adeſſe videatur? Sed plerumque domeſtica nauſeant, extraneis tantum pretium datur. Ceterum quomodo diuiſio bonorum, liberis exſtantibus inſtituenda iure Leodienſi, non addam, quæ licet a communione declinare videatur, re vera tamen eam præſupponit, et inde etiam fluit, licet in *fa-*

Leodienſi.

quo ius manus plicatæ obtinet.

uorem

vorem liberorum optimo adhibito moderamine temperata fuerit, vt tradit MEAN *obs. 57. n. 7.*

§. XIV. Quae qui paulo curatius considerat, suffragio suo in meam ibit sententiam, non satis caute in hac doctrina LAVTERBACHIVM, *societatem bonorum coniugalem* depingentem, versatum fuisse. Id totius dissertationis tenor ostendit, eum naturam *communionis bonorum coniugalium* vnice fere ex regulis *societatis quaestuariae* vel *negotiatoriae* aestimasse, indeque argumenta deduxisse. In hoc vero latitare πρῶτον ψεῦδος, obseruauit iam IVSTVS VERACIVS, quem supra *§. III.* laudaui, aitque: *Communio bonorum inter coniuges longe aliter hic accipitur, quam apud Romanos, eorumque in societate, et de communi diuidundo et herciscundae familiae iudiciis. Hic enim re vera diuisa res, et nemo possidet eam in solidum. Sed coniux Germanus quiuis totius patrimonii vtrobique confusi est dominus, et quae vxoris fuerunt, iam et mariti sunt, atque contra. Inconcinnum forte illud auribus est latinis, vnius rei plures esse dominos in solidum.* Effectus diuersitatem rerum produnt. Iam obseruatum est ex aliquot statutis, superstitem, liberis nullis existentibus, iure *dominii* quaeuis bona retinere. Quis vero assereret, iure Romano socium soluta societate omnium rerum manere arbitrum, heredibus defuncti socii exclusis? socium haud possidere in re communi partem pro indiuiso? communioni vero *coniugali* recte haec attribui, notissimum est. Id *ius plicatae manus* dictum fuisse, supra iam docui, cuius rationem CAROLVS a MEAN *obs. 55.* quidem quodammodo tetigit, sed non satis exhausit. Ait *n. 4. Ius Leodiensium vi connubii omnia vxoris bona marito indistincte transcribit -- nouo acquirendi rerum dominii titulo.* Pergit: *Iure connubii Leodiensium*

Lauterbachii sententia de natura huius communionis examinatur.

sententia Caroli a Mean.

ensium deletur dominium vxoris, quod marito ita mores a tempore matrimonii addicunt, vt nulla mulieri restet actio ad repetitionem bonorum, quorum proprietas deleta est respectu vxoris, et eum mariti bonis confusa. Videtur ergo *soli marito* dominium omnium rerum attribuere, æque vt iure Romano marito acquirebatur per vxorem, quæ *in manus* marito conuenerat. Reuera autem longe aliter hoc iure statum vxorum considerandum esse, passim ipse fatetur. Ait IDEM *n. 11. ius connubii Leodiense solidum omnium bonorum dominium, soluto sine liberis matrimonio, marito vel vxori addicere,* quod indicium præbet, etiam vxori simile ius competiisse, viuente marito, quamuis potiores mariti partes esse videantur in *administratione domestica.* Nam mortuo sine liberis marito, itidem omnium rerum dominium, quod æque penes vxorem constante matrimonio fuit, continuat, prout §. *antec.* ex *obs. 110.* CAROLI A MEAN obseruaui. Illud ipsum itaque ius, quod *manus plicatæ* vocant Leodienses, quodque *solidum* singulis coniugibus attribuit omnium rerum *dominium*, marito quidem *actu*, vxori vero *habitu*, vt ait MEAN *cit. obs. 110.* designat veram rationem communionis inter coniuges, et cum eo conceptu, quem VERACIVS tradidit, conspirat amice; sed non æque cum eo conceptu, quem ius Romanum in communione omnium rerum *per contractum* inita cuique socio attribuit, cui tantum in re communi *pro parte* proprietatem assignat, vt singuli in rebus communibus partes *pro indiuiso* teneant.

Vera communionis huius ratio.

Synopsis earum quæ Lauterbachius tradit.

§. XV. Longe aliter LAVTERBACHIVS *cit. diss. c. 1. §. 3.* rationes subducit, aitque, *hanc coniugalem bonorum communionem veram esse societatem, ab ea, quæ expressis pactis inter alios initur, et de qua in iure nostro ciuili agitur, nihil*

nihil admodum discrepantem ; iura, quæ de societate loquuntur, in hac etiam coniugali bonorum communione locum sibi vindicare, nisi contraria loci consuetudo vel statutum diuersum suaserit, quod etiam regustat, suumque facit HARPRECHT *consil. 43. n. 43.* cum aliis ab eo laudatis. Addit §. 4. LAVTERBACH, vxori tam *dominium* quam *possessionem* in rebus communibus iure ipso *pro parte* acquiri, vtut neque *dominium* neque *possessio* semet exserat, nisi soluto prius matrimonio: societatem hanc coniugalem æque vt iure Romano esse vel *vniuersalem* vel *particularem:* in hac tantum communicari, quæ *ex quæstu vel opera sociorum* acquiruntur, talemque societatem coniugalem passim iuxta *§. 6.* obtinere: eam societatem iuxta tradita in *c. 2. §. 1. tacito consensu* coniugum contrahi, et ex inito matrimonio elici: nihilominus errare eos, qui *ipsi matrimonio* bonorum communionem inesse censent, aut a dispositione legis *immediatam* eius causam arcessunt ac deriuant etc. In *c. IV. §. 4.* vbi de *obiecto* huius communionis agitur, rursus loco *fundamenti* ponit, inhærendum esse *iuri ciuili*, vbi iure statutario diuersum non est dispositum ; illationem firmam esse *a societate expressa* ad hanc *consuetudinariam*, vt quicquid in illam venerit, illud in hanc quoque nostram bonorum communionem venire oporteat: proinde vbi, exstantibus liberis, tantum constante matrimonio acquisita in diuisionem veniunt, *societatem* ex *quæstu* contractam intelligi, adeoque iuxta §. 7. tantum res ex *quæstu* venientes communicari: quæstibus annumerari *officia*, quæ vendi possunt et solent: non feuda, quæ durante matrimonio marito aperiuntur: meliorationes quidem ipsis rebus accedere, earum tamen æstimationem, si constante matrimonio factæ, in diuisionem quæstus venire: e contrario ad quæstum non pertinere *hereditates* extraneorum testamento vni

coniugum delatas, nec *legata*, nec *donationes* vni factas, nec *thesaurum* beneficio fortunæ alteri quæsitum: excipi tamen donata a conuictoribus et hospitibus discessuris in matrem familias profecta, cum marito æque communicanda etc.

Speciale examen sententiæ Lauterbachianæ.

§. XVI. Ita paucis cohæret LAVTERBACHII doctrina, qua communionem bonorum inter coniuges illustrare studuit. Plura supponit erronee, quæ a *communione coniugali* inter Germanos Gallosque vsitata aliena sunt, cum *negotiatoria* seu *quæstuaria* haud comparanda. Videlicet (α) falsum est, eius fundamentum in *tacito consensu* quærendum esse, et sic *contractum societatis* inter coniuges initum fuisse. Ipsi connubio hunc assignarunt et attribuerunt maiores effectum, vt ex eo inter coniuges communicatio bonorum *ipso iure* nasceretur, nullo concurrente consensu vel *expresso* vel *tacito*, et sic hoc intuitu *fauorabilis* censetur, quod *germana*, *domestica*, et matrimonio admodum conformis sit. vid. HARPRECHT *cons.* 83. *n.* 24. In nuptias quidem consensus interponitur, et sic *generaliter* in omne id, quod matrimonio inest, consentire videntur; ast hic similesque effectus coniugio primario adsunt, non *ex voluntate partium*, sed ex *legum dispositione*, qua deficiente, ex *consensu connubiali* non nascuntur. Romani alios iuris effectus, non hos eosdem, matrimonio *æuo recentiori* dederunt, quamuis hi æque vt Germani in nuptias coniugum consensum desiderauerint. Olim nuptiis *confarreatione* vel *coemtione* initis plures alii singulares effectus *ex lege* adscripti fuerunt, quos Germani aliive populi ignorarunt. Vnde conficitur, vt mutato domicilio, pacta quidem dotalia haud mutentur; omnino tamen *conditio matrimonii*, quia mobilia, iura, nomina, cautionesque debitorum, traductis alio domesticis laribus, tradu-

ostenditurque 1) quod consensu hæc communio nominatur.

sed legis dispositione,

ci

ci quoque in legem noui domicilii, eaque lege in posterum censeri par est, vt recte censuit CHOPPINVS *de morib. Paris. lib. II. tit. 1. p. 136.* quod tamen LAVTERBACHIVS ex erroneo principio suo non admittit. Pariter societas *consensu* inita non mutatur, nec mutari potest in praeiudicium creditorum mutatione loci. Communionis iura autem, inter coniuges *ex lege* obtinentia, translatis alibi sedibus, mutari necesse est, cum alio iure iam in posterum coniuges viuere debeant. Turbant omnia, qui *societatem consensualem* ex iure Romano hic in scenam producunt, et sic cum LAVTERBACHIO *cit. l. C. 2. §. 14.* rursus inde inferunt, communionem etiam extendi ad bona extra territorium sita, vbi tamen inter coniuges deficit communio. Admitti posset haec conclusio, si ea *consensu* per *contractum* inita foret, quod tamen inter coniuges non fit, et legis virtus extra territorium se non extendit, quin potius bona iudicantur secundum cuiusque loci, vbi sita sunt, iura propria. Similiter (β) *erroneum* quoque est, deficere inter coniuges *communionem omnimodam*, si forsan ex statuti determinatione liberis exstantibus, superstes non participat de omnibus bonis. Alia est ratio *communionis* durante connubio obtinentis, alia *diuisionis*, quae lege restringi potest. Nam iure veteri, his deficientibus, superstes omnium rerum dominium continuabat, quod *in solidum* penes vtrumque fuit; eis vero exstantibus, maioribus placuit, rerum inter coniuges olim communium hoc modo fieri diuisionem, vt vel de *omnibus* quandoque bonis vel de *certis* duntaxat susciperetur. Sic adhuc hodie Cassellis Hassorum, Hildesiae, Vlmae Sueuorum, aliisque locis coniux superstes omnia bona retinet, soluto improli connubio: diuidit vero suo tempore eadem liberis exstantibus, quamuis rursus bonis omnibus

erga mutatione loci mutatur.

2) quod a diuisione ad communionem non sit argumentandum.

Iiii 2 incum-

incumbat tamdiu, donec diuisio ex *lege* fieri debeat. Idem ius quoque in multis locis ducatus Würtenbergici olim obtinuisse, antequam *ius prouinciale* introduceretur, obseruat BESOLDVS *in disp. ad P. IV. iur. prou. Würtemb. tit. 5. p. 145. n. 6.* nec dubium est, quin idem vbique obtinuerit, antequam pedetentim per statuta modus commune et indiuisum patrimonium *diuidendi* determinatus, et *soluta communione* ad certa etiam bona restrictus fuerit.

3) quod singuli non pro parte acquirant et obligentur.

§. XVII. Nec minus (γ) erroneum est, coniuges, vt in societate, *contractu* inita, possidere bona quidem in communi, sed *pro rata* duntaxat singulis ius attribui. In *communione* omnium bonorum *consensuali* hic effectus omnino obtinet, nec vno mortuo, vnquam socio integrum obuenit patrimonium, sed *pro parte* tantum; diuersa est ratio huius *communionis legalis*, quæ integrum patrimonium ex lege superstiti addixit, et quidem *in perpetuum*, liberis deficientibus; eis exstantibus *ad tempus*, donec cum iis ex lege *diuisio* suscipienda est. Vocant hunc effectum *vsumfructum maternum statutarium*, vt iam innui, non sine inconcinno loquendi vsu, cum potius mater vidua *ex lege* antiqua matrimonii vt *domina* bonis incumbat, dominiumque continuet, vt dicitur in *Stat. Mülhus. lib. IV. art. 31. §. 2.* Denique (δ) simili errore inductum atque assumtum est, ibi tantum adesse *societatem ex quæstu*, (qualem Romani formarunt in contractu *societatis*,) vbi, soluto matrimonio, vel *simpliciter*, vel certo casu duntaxat ea, quæ constante matrimonio *acquisita* sunt, in diuisionem veniunt. Videlicet etiam in his locis mater vidua continuat *dominium* post mortem mariti, donec vel ad secunda vota transeat, vel cum liberis diuidat. Effectus testatur de causa, docetque, etiam du-

4) quod a societate quæstuaria ad communionem male inferatur.

rante

rante coniugio *vnum idemque* coniugum fuiſſe *patrimonium*, illudque continuari vsque ad terminum *diuiſionis*, vnde in tam infinitis ſtatutis *vſusfructus* ille *maternus* improprie dictus natus eſt, quæ magna in copia laudat HARPRECHT *de vſufr. matern. ſtatut. p. 12. ſqq.* Hoc ſuppoſito *acquæſtus coniugalis* non ita reſtringendus ex legum Romanarum ſententia, vt non alia in diuiſionem veniant, quam quæ in *ſocietate negotiatoria* ad *quæſtum* pertinere videbantur, quorſum tantum *titulo oneroſo* quæſita ſpectant. Ratio enim huius *communionis coniugalis* latiorem ambitum poſtulat, vt quocunque modo *acquiſita* in diuiſionem venire debeant, etiam legata et donata, perinde ac ære communi parta, vt ex moribus Pariſiorum obſeruat CHOPPINVS *cit. l. p. 143. n. 12.* niſi ſtatuto expreſſo aliud cautum. Tantum quid in *dubia interpretatione ſtatuti* ſecundum *rationem iuris Germanici antiqui* dicendum ſit, refero, indeque infero, quod et ſupra iam monui, etiam *hereditatem* teſtamento ab *extraneo* acquiſitam merito communicandam. Denique hæc communio, quæ *acquiſitorum* diuiſione continetur, adeo a *ſocietate conventionali* quæſtus cauſa inita recedit, vt morte alterutrius, prout in *hac* iuris eſt, non finiatur, ſed in *liberos* propagetur, et poſt mortem acquiſita quoque complectatur inſpecto ſtatu bonorum non tempore *mortis*, ſed faciendæ *diuiſionis*. Ius *Lubecenſe P. 2. tit. 2. art. 16.* id egregie declarat, docetque etiam *hereditates*, *legata*, *donataque*, quæ ſuperſtiti poſt mortem coniugis obueniunt, communibus accenſenda bonis, quod contractui *ſocietatis*, quæſtum vnice intendentis, admodum repugnat. Inde tamen minime colligendum, inter coniuges Lubecenſes eſſe *ſocietatem acquiſitorum coniugalium* tantum, cum potius ante *diuiſionem* omnia communia cenſenda ſint. Optime id obſeruat ME-

Origo vſusfructus materni.

quanam proprie ad acquiſita coniugalia ſpectent?

etiam poſt mortem acquiſita.

VIVS *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 28. n. 11.* docetque, ne quidem ſolui hanc communionem per tranſitum ad ſecunda vota, ſed quamdiu ſecundum matrimonium conſiſtit, *omnia tam liberorum, quam parentum bona confuſa eſſe, atque communia, vt non admodum attendatur, cuius ſint, et a quo profecta*, qua de cauſa bona hæc ungeſchichtet, ungetheilet, gemein, zuſammen, ungeſchieden vocantur; pergit vero: *ſed mortuo alterutro, cum ad diuiſionem peruenitur, reuiuiſcit quodammodo diſcrimen bonorum* etc. Huic conſequens eſt id quod dicitur in *art. 28.* Iſt auch dar Schuld vorhanden, die ſoll man von dem gemeinen Guth zuvor bezahlen, quod et in *art. 26.* traditum erat.

Indicia communionis omnimoda inter coniuges Hamburgenſes,

§. XVIII. Quibus obſeruatis, ad *iura Hamburgenſia* reuertor, oſtenſurus, qua ratione ſeſe habeat inter CONIVGES HAMBVRGENSES communio. Eam ſuo modo *omnimodam* eſſe, multa ſuadent. Nam 1) alterutro mortuo, exiſtentibus liberis, alle Erb und Güther fallen auf den längſt lebenden und ſämmtliche Kinder, ſecundum *P. III. tit. 3. art. 1.* vnde liquet, omnium rerum, qualescunque fuerint, communionem inter coniuges viuentes fuiſſe, eamque, mortuo alterutro, cum liberis ſuo modo continuari, donec diuiſio ſuſcepta fuerit. Quocirca 2) vxore mortua, relictisque liberis, ſtante viduitate ne quidem pater cogi poteſt, vt cum liberis communem ſubſtantiam diuidat, ſed ad id tantum obligatur, vt liberos alat, et matrimonium contrahentes debitis ſubſidiis, Ausſteuer, inſtruat per *art. 3. cit. l.*

ex diuiſione cum liberis

Quodſi 3) ad alia vota tranſire paratus eſt, liberis primi thori bona, quæ mater intulit, vel iure hereditario acquiſiuit, reſtituere (wieder zurück kehren) poteſt, reſeruata illis cum liberis ſecundi thori ſucceſſione futura in paterna bona: vel, quod

quod *communioni* magis conueniens est, soll er vermittelst eines leiblichen Eydes ein beständig Inuentarium aller seiner Güther übergeben, und seinen Kindern erster Ehe den halben Theil, oder da nur ein Kind vorhanden, demselben den dritten Theil aller Güther zu gäntzlicher Abtheilung väterlicher und mütterlicher Güther versprechen und geben, saluo tamen vsufructu, vsque dum decimum octauum annum excesserint, id quod ex iure Cæsareo superadditum esse docet *art. 7. P. III. tit. VI.* Conspirat cum hac sanctione *ius Lubecense P. II. tit. II. art. 2.* Porro 4) patre mortuo, nec mater *vidua* cum liberis diuidere, bene tamen eos alere et nuptias ineuntes necessaria, an billigen Heyrath-Guth und Aussteuer, suppeditare tenetur, adeoque bonis omnibus cum marito defuncto possessis more plerorumque aliorum locorum incumbit. Secundas autem nuptias meditantem cum liberis diuidere oportet, soll sie vor dem Beylager mit ihren Kindern alle Güther (deductis illis, quæ ei *præcipui* loco assignata sunt) theilen, ita vt pluribus existentibus liberis mater *tertiam*, vna prole existente, *dimidiam* capiat. Rursus hæc diuisio *communionem* arguit *omnimodam*; quamuis enim in *diuisione* quædam *præcipua* vxori assignata fuerint, ea tamen illi haud resistunt eamque impediunt, quod vel inde liquet, quia *statum viduitatis* haud mutanti omnium bonorum libera suo modo administratio, vt *dominæ*, concessa est, et quæ matri *præcipui* loco assignata sunt, in ius eius proprium demum, *diuisione* facta, recidunt. Nouum 5) argumentum *omnimodæ communionis* est, existente casu, si alterveter *sine liberis* decesserit. Etenim (a) de ære alieno ita cautum in *art. 8. P. III. tit. III.* sollen anfänglich alle Schulden gerechnet, und von dem zusammenden Guthe abgezogen werden, et paulo post: von dem vollen gemeinen Guthe, item vel cognatis

item in antiquo MScto iuris patrii, *tit.* **van Vertrouwing und Erffschichting** *art. 11.* **von dem gemeinden Gude.** (b) Reliqua *bona omnia* ita diuiduntur, vt vxore mortua marito duæ partes, consanguineis vxoris tertia; marito mortuo, vxori dimidia, et altera consanguineis eius cedat, atque obveniat. In hoc *statutum nostrum* a reliquis Germaniæ finitimorumque populorum scitis recedit, quod *diuisionem* cum consanguineis defuncti induxerit, cum ex moribus antiquis superstiti vniuersa substantia relinqui debuisset, quod in Marchia quoque olim obtinuisse persuasum habeo, vt vel statuta quorundam Marchiæ locorum, vt *Solquellense* docent, quæ antiquum ius sancte retinuerunt. Nec a vero me recessurum arbitror, si dixerim, idem ius Hamburgi olim obtinuisse, paulo post tamen immutatum et ad *iuris Romani* principia flexum, quod fauet in successione *sanguini* defuncti, parum autem coniugi superstiti prospicit. (c) Ex eodem fundamento quoque superstiti hoc casu ex *bonis* per *annum luctus* debentur vestes lugubres, alimenta, et omnia, quæ ad *familiæ sustentationem* sunt necessaria, iuxta *art. 10. ibid.* quia *communibus bonis* adhuc incumbit, et sic ex illis quoque sustentanda est. Etiam de iure communi viduæ *ius retentionis* in bonis mariti indultum, donec ipsi de dote aliisque lucris satisfactum. Ast ius *retentionis* hunc effectum non habet, vt interim is, qui eo iure vtitur, ex bonis alatur. Nec aliquod præsidium idoneum in hoc iure occurrit, ex quo vidua virtute *retentionis* alimenta interim petere queat. Ineptum est argumentum, quod trahunt ex *L. 5. §. 3. de Carbon. edict.* vbi ventri alimenta ex bonis, in quæ missa est vidua, præstantur *propter eum, qui potest non nasci* i. e. intuitu eius, qui in ventre est, quamuis incertum sit, vtrum viuum an defunctum editura sit mulier. Priuilegium hoc *posthumo*

et alimentis tempore luctus percipiendis,

posterius per totam Germaniam adhuc obtinet.

quod ex iure Romano deduci nequit.

posthumo debetur, et propter hunc vidua prægnans et bonis incumbit et inde alitur. Id rurſus liquet ex *L. 1. §. 19. D. de ventre in poſſeſſ. mitt.* iuxta quam mulier in poſſeſſionem miſſa, ea ſola, *ſine quibus fœtus ſuſtineri et ad partum vsque produci non poſſit*, ſumere ex bonis debet. Et tamen rurſus inde argumentum petunt pro alimentis *viduæ non-prægnanti* præſtandis, quamdiu *iure retentionis* vtitur, quo nihil abſurdius excogitari potuit. Quicquid prægnanti debetur *propter fœtum*, id viduæ non-prægnantes ſibi vindicare non poſſunt. Interim haud diffiteor, viduæ hodie in Germania per id tempus, quo *iure retentionis* bonis incumbit, alimenta deberi, quod ex vſu Germaniæ plenius oſtendunt GOTHOFR. NICOL. ITTIGIVS, *de vidua vsque dum ipſi ſatisfiat, ex mariti bonis ſuſtentanda*, HEESER *de commun. bonor. P. II. loc. XIV. n. 105. ſqq.* MEVIVS *ad ius Lubec. P. I. tit. V. art. 13. n. 46. ſqq.* Aſt fundamentum huius iuris non ex *iure Romano*, verum ex *antiquis Germaniæ legibus*, communionem inter coniuges ſtabilientibus peti debet, vigore cuius vxor tamdiu ex bonis communibus ſuſtentanda eſt, donec diuiſio facta fuerit. Et quamuis ius Romanum in quibusdam locis communionem antiquam ſuſtulerit, atque iura dotium cum ſimilibus ſubſtituerit, non omnes tamen concluſiones ex illa antiquitus deductas abolere prorſus potuit, quas deinceps ICti ex *iure Romano*, miſere contorto, propugnare voluerunt, poſtquam *vſum eius vniuerſalem* in dubium vocare haud potuerunt. Etiam in *iure Weichbild. art. 57.* id cautum eſſe videtur: ſie beſitzet in dem Erbe für ihr eingebracht Guth, und die Kinder ſollen ihr Nothdurfft geben, dieweil ſie ohne Mann bleiben will. Conf. COLER *de proceſſ. execut. P. I. c. 2. n. 193. ſqq.* Sed etiam 6) priuari poteſt vxor iure in *bonis communibus* quæſito, perpetrato

adulterio iuxta *art. 11. ibid.* saluis tamen alimentis, quod nouum communionis indicium est.

Inde fluit communio æris alieni inter coniuges Hamburgenses.

§. XIX. Ex hac communione bonorum petenda quoque est *communio æris alieni inter coniuges Hamburgenses*, quippe quæ *naturalis* illius sequela. Æquum quippe visum fuit, vt sicut coniuges communibus bonis, communi iure fruuntur, ita etiam onera eorum ferant, præsertim quum *vnum idemque patrimonium* possideant. In *iure hereditario* qui præsidium quærunt, oppido errant, quod sæpius iam obseruauerim, *statutariam* ex bonis communibus *successionem*, quam vocant, proprie *successionem hereditariam* non esse, quemadmodum in iure Rom. socius, qui partem ex bonis communibus capit, non dicitur alterius socii *heres* aut *successor*, sed ius, quod in bonis communibus antea *pro indiuiso* habuit, diuisione facta, quilibet separatim et seorsim continuat. Recte ait *Glossa vetus ad statut. antiq. MSctum Hamburgense, tit.* van Vertrouwing und Erffschichtinge *art. 11.* indem dat sammt Gud iß, unde men nicht mag bescheden de Schuld men tho ein parthe, alse thom andern, so winnen und verlesen se samt, (h. e. simul lucrantur et amittunt) und delen dat Gud. Ad *art. 16.* GLOSSATOR rursus fundamentum ex *communione bonorum*, quæ durante coniugio iam adfuit, petit: so de Fruwe dat gantze Gudt mede delet tho Winne und tho Verluste, so moht man erst de Schuld vom gantzen betalen. Codicem hunc MSctum, insigni iuris antiqui Germanici, a iure Romano adhuc minus infecti, monumentum a glossatore antiquo illustratum, Dn. de LVDEWIG possidet, adiunctis vario antiquorum Recessuum apparatu et chronico Hamburgensi, cuius singulari fauori eiusdem communicationem debeo, vt, quæ in rem meam facere

quod ex glossatore antiquo Hamburgensi illustratur.

facere potuerint, inde hauserim, id quod, prout decet, grato animo publice agnosco.

§. XX. Sicuti vero *communio* ipsa inter coniuges est vel *absoluta* vel *temperata et restricta*, ita eius effectus potissimum in *aeris alieni* communione cernitur. Vbi *absoluta omnium bonorum communio* obtinet, coniux quoque alterius coniugis aere alieno obstringitur. Liceat id ipsum illustrare verbis LAMBERTI GORIS *tract. I. aduers. iur. subcis. C. IV. n. 14. p. 46. prosequendo porro materiam nostram, constat ex supra dictis, communicari inter coniuges debita, non solum quae durante matrimonio vterque, sed etiam, quae alteruter eorum longe ante contraxerit. Hinc soluto coniugio superstes ex communibus bonis de singulis debitis satisfacere tenebitur creditoribus, non habita ratione temporis, quo contracta fuerint, ita vt tum idem superstes, tum defuncti heredes dimidiam quisque ferant. Atque ita cessabit moribus nostris omnis illa argumentatio, quod cum superstite neque contractum neque quasi contractum sit, et consequenter ex debito matrimonium praecedente actio ad agendum efficax aduersus eundem non competat; item quod tempore contracti aeris alieni nulla fuerit coniugi potestas obligandi coniugem futurum. Oportet enim hoc casu identidem recurrere ad vniuersalem illam omnium tum commodorum tum incommodorum communionem, consuetudine patriae introductam, quae tantae efficaciae habetur, vt retro vtrumque obliget coniugem, ac soluto matrimonio et in lucro et in damno duas aequales faciat partes, nisi pactis antenuptialibus contrarium conuenerit.* Ius Leodiense pariter id confirmat, in quo ita cautum: *comme aussi il est tenu* (de *marito* loquitur) *aux dêtes de sa femme et de son precedent mari, d'ou vient le commun prouerbe: Qui epouse femme, epouse ses dettes.*

In absoluta communione uxor simpliciter ex aere alieno mariti obstringitur.

dettes. Et sont les biens de l'un et de l'autre sujets à l'execution des sentences renduës au profit des creanciers. Hanc legem plenius illustrat CAROLVS de MEAN *tom. I. obseru. ad ius Leod.* 57, docetque, quousque maritus soluere teneatur debita prioris mariti vxoris, si ex eo thoro liberi supersunt. In altera specie communionis bonorum, quæ *temperata et restricta* est, vt *constante coniugio* acquisita demum subiiciantur diuisioni alterutro mortuo, vel indistincte vel tantum in casu existentium liberorum; multum refert, quo tempore debita contracta, vtrum *ante*, an *post matrimonium* initum? Illa enim ad onus alterius coniugis, qui tantum ex *acquæstu coniugali* partem capit, non pertinent, sed tantum hæc, et cum iure Hamburgensi hæc distinctio, moto concursu, vsum quendam habeat, extra illum vero eius nulla habeatur ratio, ad vtramque speciem in hac dissertatione suo modo respiciendum, et primo loco videndum, quid *communio æris alieni* inter coniuges Hamburgenses operetur *extra concursum creditorum*, bonis ad satisfaciendum illis sufficientibus.

In temperata tantum æs alienum tempore coniugii contractum agnoscere tenetur.

§. XXI. Adduxi *§. XVIII.* varia argumenta, quibus declaraui atque demonstraui, suo modo inter *coniuges Hamburgenses* locum adhuc hodie habere *communionem omnimodam*. Iuri antiquo id adhuc debetur, quo circa solutionem æris alieni non distinguitur. Nam in tit. van Vertrouwing und Erffschichting *art. II. statut. MSt.* cautum fuisse lego: so wor ein Mann und Frouwe thosamen kahmen, und tweyer Hande Kinder hebben, und ehr Gudt thosamende is ungedeelet, storve ohr ehn, de Schuld schall men van dem gemenen Gude gelden, Marck, Marck gelick. Non ergo distinguebatur, vtrum ante an post initas nuptias debita fuerint contracta,

Extra concursum simpliciter coniux Hamburgensis ex ære alieno alterius obligatur.

quod ex iure veteri illustratur.

tracta, cum etiam prioris mariti debita ex *bonis communibus* soluenda erant, vt *iure Leodiensi* quoque fuisse cautum ante obseruaui. Quodsi vxor bonis prorsus abstinebat, et nihil inde lucrabatur, a solutione æris alieni libera erat, vt ex hac ratione GLOSSATOR *ad art. 16. cit. tit.* docet. De nen Gudt entfenget, de darff ock nicht betalen. Sed audiamus ipsum textum in *art. 16.* huius tenoris: Hefft eine Frouwe einen Mann gehat, und de Fründe des tho rade werden, dat se de Frowen ander wer up beraden willen (quod bona communia non sufficiant creditoribus) ma se dat tügen, dat se van ehrem Manne Gudt beholden hebbe up de Tidt (sine dubio hoc *negatiue* intelligendum, vt in textu mendum sit, quod tum glossa adducta, tum verba sequentia indicant) mer da se beraden were van der Fründe Gudt, de Fruwe und Mann schölen nene Noht hebben um des ersten Mannes Schuld. So schall idt ock wesen umme Knapen und Magden, de dat thügen mögen, dat ehne van öhren Eldern neen Gudt geervet ist. Sicuti ergo liberi hereditate parentum abstinentes a creditoribus paternis ob æs alienum conueniri non poterant, ita pariter vxor *bonis communibus* abstinens, licet denuo a consanguineis in secundo matrimonio fuerit dotata. *In art. 17. cit. tit.* denuo id confirmatur in casu, si vxor ex prædefuncto marito liberos habens ad secunda vota bonis haud diuisis transeat, et ex iis liberos quoque procreet, vtroque coniuge mortuo liberi vtriusque thori bona indiuisa hoc modo diuidunt, vt liberis secundi thori bona paterna obueniant, matris vero hi æqualiter partiantur, hac adiecta conditione: Mar de Schuld schall men thovoren gelden van dem gemenen Gudt. Vnde idem quoque dicendum fuisset, si alteruter coniugum adhuc viueret, non distinguendo, a quo æs alienum factum fuerit, quippe quod afficit

bona communia et indiuisa. *In art. 17. cit. tit.* disponitur de casu, si maritus ex priori coniugio liberos habens ad secunda vota properat, non diuidens cum liberis prioris thori. Eo enim mortuo vidua cum liberis et priuignis hoc modo diuidit: so schölen de ersten Kinder de Helffte alles Gudes upnehmen, und de Frouwe mit den latern Kindern de ander Helffte. Idem quoque dicendum de vidua ex primo et secundo thoro liberos habens, marito ex posteriori tantum, hac tamen clausula adiecta: und men schall de Schulde van dem gemenen gantzen Gude gelden. Hæc clausula ad vtrumque casum trahitur, atque eo ipso ostenditur, etiam æs alienum vndequaque contractum ex *omnibus bonis communibus* esse soluendum. Denique in *art. 19.* continetur casus, quo alter coniugum ex matrimonio improli decedit, quo casu ita cautum: Stervet de Fruwe ehr de Mann, so schall man de Schuld gelden van dem gantzen gemenen Gude. Und stervet de Mann ehr de Fruwe sunder Kinder, so schall de Fruwe de Helffte nemen alle des Gudes, und des Mannes Fründe de ander Helffte, und de Schuld schall men van dem gantzen gemenen Gude gelden.

Vt et ex iure, quo hodie Hamburgenses vtuntur.

§. XXII. Hæc loca ex iure *antiquo statutario Hamburgensi* adducere lubuit, vt inde constaret, æs alienim vndequaque contractum ex bonis communibus soluendum esse, nec viduam ab eo aliter liberari, quam si *bonis communibus* prorsus abstinuerit. Neque enim aliæ leges iure antiquo occurrunt, vnde constaret, aliquam distinctionem æris alieni factam fuisse. Iure *nouiori* in eo casu quidem, quo bona æri alieno soluendo sufficiunt, antiqua scita conseruata sunt. Nam iuxta *P. III. tit. III. art. 1.* altero mortuo, extantibus liberis, bona quidem vniuersa alle Erb und Güther deuol-

deuoluuntur ad superstitem et liberos: diuerso tamen iure, ad illum quidem iure *communionis*, ad hos vero iure *hereditario*; interim ante omnia ex *bonis communibus* æs alienum deducendum, quum bona non intelligantur nisi deducto ære alieno. Diuisione cum liberis facta, *communio* quoque *æris alieni* cessat, et quamuis pater parte liberis assignata interim vtatur fruatur, eosque alere et vestitu decente ornare et instruere debeat; eorum tamen debita, se inscio facta, soluere non tenetur. Quid enim si liberi diuisi mutuam acceperint pecuniam inscio patre? quid si fides illis de pretio habita fuerit citra voluntatem patris? quid si matre viuente et sciente hoc factum, et hac mortua et bonis tunc diuisis pater ex debitis filii conueniatur? Putarem, patrem absoluendum esse. Etenim 1) ad alimenta liberis præstanda onus soluendi æs alienum liberorum non spectat: 2) quamuis pater bonis fruatur, et hæc non intelligi dicantur nisi deducto ære alieno; creditoribus tamen non succurrendum, qui inscio patre liberis mutuam dant pecuniam, vel aliter cum iis contrahunt, quum scire debuissent, eos nondum sui iuris esse: 3) liberi per æs alienum contractum patri haud præiudicare possunt in vsufructu a lege ipsi tributo: 4) quamuis matre sciente hoc debitum factum, non tamen debitum eius esse intelligitur, quod ea sciente a liberis contractum est, quin si vel maxime speciatim fidem suam interposuisset, non tamen inde obligari posset iuxta *art. 2. P. II. tit. VI.* Et ita *d. 8. Iun. 1714.* in iudiciis Hamburgensibus iudicatum esse memini, adeo vt *d. 11. Iul.* dicti anni petita restitutione in integrum, denuo sententia prior fuerit confirmata. Ceterum si vxor moritur sine liberis, procedendum secundum *art. 8. P. III. tit. III.* sollen anfänglich alle Schulden gerechnet und von dem sammenden Guthe abgezogen werden; quod reliquum

Ob debita liberorum tamen pater non tenetur, licet sciente matre facta.

aequum est, demum diuiditur. Eodem modo mortuo marito proceditur, die Schulden werden gleichergestalt von dem vollen gemeinen Guthe bezahlet, und was denn mehr in der Erbschafft vorhanden, davon empfähet die Frau den halben (iure communionis) und die Freunde ihres verstorbenen Ehemanns den andern halben Theil (iure successionis). Neque vero hic distinguitur, vtrum *ante* an *post initum matrimonium* debita contracta, et *ex qua causa* originem traxerint.

Si diuisione facta debitum emergit, quid iuris?

§. XXIII. Quid vero si deductio aeris alieni vel in totum vel pro parte neglecta? quid si bona fide erratum creditumque fuerit, debitum, quod diuisione facta emergit, iam dudum exstinctum atque sublatum esse? quid si de eius nexu dubitatur tempore factae diuisionis? Equidem si iuste dubitatur, vtrum debitum quoddam soluendum fuerit nec ne? maritus sibi consulere potest *cautione* idonea ab heredibus vxoris praestanda, et interim cum eis diuidere; quod forsan maritus contraxerit, et sic iuste metuat, ne a creditoribus conueniatur exemplo cautionis a legatariis heredi praestandae, si iuste dubitari possit, vtrum lex falcidia locum habitura sit nec ne? *L. 1. pr. si cui plus quam per leg. falc. lic. leg. esse dic.*

an maritus adhuc insolidum conueniri possit.

Sed forsan praeiudicialis quaestio est, vtrum creditores, diuisione facta, maritum adhuc *in solidum* conuenire queant? an vero exceptione vel *diuisionis* vel *plus petitionis* repellendi sint? Equidem distingui debet ante omnia inter *vxorem* et *maritum.*

quod affirmatur.

Hic in solidum a creditoribus conuentus, facta diuisione, exceptionibus praedictis haud subleuatur, quod ipse debita vel *ante matrimonium*, vel *constante eo* contraxerit, adeoque non aequum esse videatur, vt in plures aduersarios distringantur, qui cum vno contraxerunt, vt dicitur in *L. 2. de exerc. act.* Maritus enim *suo nomine* conuenitur, credi-

creditoresque ab eius persona discedere non tenentur, vtpote cuius fidem secuti sunt, quod in contrahendo primario intuendum est iuxta *L. 13. C. si cert. petat.* Et sicuti debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest; *L. 25. C. de pact.* ita *pactum diuisionis* cum heredibus vxoris initum non potest obligationem a se contractam scindere, multo minus factum debitoris, nuptias contrahentis, obligationem diuidere. Nec aliud dicendum est, si vel maxime cum marito *constante matrimonio* contractum, cum nihilominus creditores eius fidem secuti sint, non habita ratione vxoris, quæ duntaxat *per consequentiam* obligatur ex qualitate bonorum, de quo casu plenius infra agendum. Conf. GORIS *tr. 1. aduers. c. IV. n. 5.* Hoc itaque præsupposito, euidens est, marito ad diuisionem procedenti omnino prospiciendum esse in casu dubio *idonea satisdatione*, vt solutione facta indemnem se seruare queat. Interim si hæc omissa, adhuc tamen regressum contra vxoris heredes habet ob pactum *diuisionis*, quod eos obligat ad soluendum *pro rata* debitum commune, imo quia etiam hoc æs alienum ante omnia detrahi debuisset, *plus* et sic *indebitum* secundum quid solutum videtur. Interim non dubitatur, quin creditores, si velint, possint maritum *pro parte*, et vxoris heredes *pro altera parte* conuenire, quia vt *heredes* simul ad debita vxoris defunctæ soluenda tenentur. *Saluo regressu contra heredes vxoris pro rata.*

§. XXIV. Ad vxorem quod attinet, quæ mortuo marito cum heredibus eius bona communia iam diuisit, si deinceps præter opinionem debitum emergat, et creditor eandem *in solidum* conuenerit, quæritur, an hæc ad minimum exceptione *diuisionis* iuuanda sit? Equidem si vxor maritusque simul debitum contraxerunt sub obligatione *in solidum*, *An vxor diuisione facta in solidum adhuc obligata sit.*

vxor autem ex mariti feria affertione existimauerit, illud iam folutum effe, vt eius rationem in diuifione haud habuerit, non dubium eft, vxorem *in folidum* conueniri poffe, nec iuuari SCto Velleiano, quod in communione tali exulat, vt recte cenfet LAVTERBACH *de ære alieno in fociet. coniug. contr. foluendo cap. IV. n. 56.* Sed idem etiam dicendum arbitror, fi vel maxime obligatio *in folidum* deficiat; imo fi folus contraxit maritus, faluo tamen regreffu contra heredes mariti. Equidem hoc cafu ceffat illa ratio, quæ intuitu mariti adducta eft; fed alia non deficit ex natura *communionis omnimodæ*, quam inter coniuges Hamburgenfes hoc cafu, de quo nunc ago, vindicaui. Plenius hoc de argumento egit ABRAHAM A WESEL *in comment. ad nouell. conftit. Vltraiect. art. 6.* docuitque in tantum vxorem mariti debitis alligatam effe, vt vel diremto matrimonio eorum folutioni fit adftricta, *non dimidiatim, fed in folidum, faluo ei a mariti heredibus dimidii repetendi iure. Nec eo minus,* ait IDEM *intr. de connub. bonor. fociet. tr. II. C. III. n. 4. fqq. creditores prætermiffa vidua poffunt in folidum agere contra heredes mariti, cum quo contraxerunt.* Pofterius vel ideo afferendum, quod heredes mariti fuccedant in obligationem defuncti, qui *in folidum* ex fuo contractu obligatus fuit. Prius autem vel inde liquet, quod vxor, facta et fufcepta diuifione cum heredibus mariti, non poffit ftatum obligationis, qua iure *communionis* quilibet *in folidum* obftrictus erat, mutare aut alterare. Recte ait VERACIVS *in confuet. Bamberg. P. II. qu. 1. feqq. fuperftes tenetur foluere æs alienum, quod coniux alter contraxit quocunque nomine et caufa; quamuis fuperet alteram partem, vnius enim dominium fuerat idem quam alterius et cuiusque in folidum.* Neque adeo ab hac fententia recedere videntur, qui omnia ex iuris Romani principiis æftimantes

fi folus maritus contraxit

quod affirmatur.

mantes supponunt vel fingunt, maritum esse instar *praefecti*, vel societati coniugali *praepositi*, adeo vt quicquid cum eo contractum, cum singulis *in solidum* contractum videatur iuxta *L. 13. in f. et L. 14. pr. de instit. act.* adeoque quemlibet sociorum obligari *in solidum*, vt penitius euincit LAVTERBACH *diss. de obligat. soc. quae oritur ex conuent. cum extran. inita C. III. §. 19.* Ego hoc argumento, ab hac doctrina alieno, non vtor, nec fictam hanc *propositionem* agnosco; persuasumque habeo, maritum quidem *principaliter* gerere negotia, contrahere, agere, cetera, id tamen ei vt *capiti familiae* et *domus* datum esse ex *lege*, quamuis in *aere alieno* ante matrimonium contracto ne quidem ratio iuris Romani locum aliquem inueniat. Sicuti enim bona constante matrimonio indiuisim possidentur, vt vnum patrimonium, singulique dominium *in solidum* iure Germanico habere videantur; ita pariter singuli aere alieno contracto *in solidum* obstringuntur, et quod negotium cum *marito* initum est, etiam cum *vxore* initum censetur, qua obligatione *intuitu creditorum* non liberatur vxor, facta diuisione cum heredibus mariti. Ita sese rectissime habet ius Leodiensium: *qui epouse femme, epouse ses dettes*, quae regula etiam inuerti omnino debet.

§. XXV. Equidem si statuto res decisa, huic merito standum, quod diuisione facta minuere potest obligationem superstitis, eumque duntaxat *pro parte* obligare. Tale quid autem iure Hamburgensi factum fuisse non reperi, adeoque quae sententia mihi probabilior videatur, ex natura *communionis* huius *Germanicae et legalis* hactenus ostendi. Nec deerunt tamen ibi eruditorum hac de re dissensus, praesertim cum obseruauerim, MEVIVM *P. III. decis. 166.* in alia

Nec iure Hamburgensi aliud constitutum.

Licet Meuius diuortium ab ea sententia faciat.

alia omnia iuisse. Ait n. 3: *Postquam vidua cum heredibus bona diuisit, aut dum circa diuisionem versantur, superuenientes creditores illam in solidum amplius conuenire iniquum foret. Tantum illa teneatur pro parte, quam in communione, quae causa et regula obligationis existit, habuit. Haud tamen illa, quam ex bonis mariti per conuentionem accepit, sed pro qua parte fuit consors seu in communione. Nihil ipsi proficit, quod accepta certa pecunia bona mariti heredibus eius relinquit. Qua creditores hinc non absoluuntur ab ea obligatione, quam communio bonorum introduxit. Pacta heredum, cuius vicem hic vxor habet, non nocent creditoribus.* Dubitanter magis IDEM *ad ius Lubec. P. I. tit. V. art. 7. n. 7.* rationes subducit, his vsus verbis: *Ille casus extra dubium est, quando vxor cum liberis communia adhuc tenet bona. Sed quando diuisione cum liberis facta dimidiam saltem portionem retinuit, ceteris bonis in liberos eorumque tutores translatis, maxima dubitatio suboritur. Conueniri iuste, quae obligatur, ratio dictat, sed quatenus? id controuersum est. Sunt qui in solidum eam obligari putant, quia duo quasi rei debendi sunt ex statuto, qui in solidum obligantur. Aliis contra visum, pro dimidia parte eam teneri et conueniendam tum per text. in art. 7. tit. V. h. lib. verb.* Beyderseits Guth *et verb.* muß sie mit bezahlen helffen: *tum quia per huiusmodi statuta coniuges habentur, vt duo correi debendi, qui socii sunt, et vt vice mutua fideiussisse intelligantur, qui in solidum non tenentur, imo beneficio diuisionis gaudent. Quid vbique praxis obseruet, integrum relinquo.* Addit deinde suam sententiam: *Si autem fundamentum seu causam huius iuris intuemur, facile in eam quis descendet sententiam, quod pro dimidia parte solum teneatur, aut ad minimum correorum beneficio frui debeat, qui hodie diuisionis exceptione se defendunt. Auth. hoc ita C. de duob.*

duob. reis. Nou. 99. c. 1. *Accedit quod statutum personam non tam obligat, quam bona communia. Ideo hæc sequitur actio creditorum. Quæ quum non apud vxorem sola sint, nec sola solutioni est obnoxia. Rationi quoque iuris communis hoc est conuenientius.* In eandem sententiam videtur inclinare IO. SANDE *lib. II. tit. V. def. 8.* vbi docet, *creditorem in eum, cum quo contraxit, habere in solidum actionem; ex semisse vero in alterum, cum quo non contraxit.* Non simpliciter hanc sententiam improbo, nec eam ab æquitate recedere existimo. Id tamen desidero, in decisione hac a ICtis assumi plura a *societate negotiatoria* contractu inita, quæ tamen a *legali* in plurimis diuersa est. Differentiam ipsemet agnoscit SANDE *cit. l.* docetque, hanc, quæ *quæstus negotiatorii* gratia initur, esse *societatem rerum, bonorum magis quam personarum rationem habens*, quia vnice *communis quæstus* intenditur: propter hunc solummodo suscipitur, nec vlterius sese contrahentes obstringunt. Sicuti ergo *pro rata* acquirunt, ita *pro rata* se *obligare* intendunt. Ast *societas coniugalis est vitæ omnis societas, personarum præcipue intuitu inita*, vt ait SANDE *cit. l.* h. e. consensus primario interponitur de perpetuo vitæ consortio, et indiuidua vitæ consuetudine, quam *coniugalis amor et intima animorum vnio* omnis dissolutionis expers desiderat, secundum quam in vnam carnem transeunt, et pro vna persona habentur. Huic *coniugali societati* leges Germanorum *talem communionem rerum omnium*, ipso iure attribuerunt, vt sicuti coniugum *vnus idemque animus vnaque voluntas* esse debeat, ita inseparabili ac vno eodemque patrimonio instructi videantur, vt quod vnius antea separatim, nunc sit alterius quoque, et sic *in solidum* acquirant et *in solidum* obligentur constante matrimonio. Hoc posito obligatio in matrimo-

Et Io. Sande.

Contrarium ex natura communionis legalis ostenditur.

trimonio *in solidum* contracta non potest alterari per susceptam rerum diuisionem, ne factum debitoris noceat per indirectum creditoribus, qua de caussa statuta edixere, *vt ante diuisionem omne æs alienum de bonis communibus deducatur*, quod ratio huius *obligationis in solidum* desiderauit. In societate *quæstus negotiatorii* gratia inita diuiditur *pro rata* etiam æs alienum *communi consensu* contractum, nec hoc in iniuriam creditorum tendit, quia sicuti *pro rata* ex intentione sua contrahunt, ita *pro rata bonorum* semet obligant, et finita societate obligati manent, nisi aliud vel *expresse* vel *tacite* actum sit. Inde ab hac societate plane alienæ *rationes* MEVIANAE videntur. Concedit ICTVS præstantissimus *cit. decis. 166.* durante communione, seu ante diuisionem, superstitem coniugem actione *in solidum* teneri. Ergo 1) non iniquum est, diuisione facta, eum quoque adhuc *in solidum* obligari, quia hæc obligatio *ex ipso coniugio* nata, ne quidem morte vnius tollitur, ante diuisionem, vt ipsemet concedit. Ne quidem socii, per contractum tales facti, obligationis statum mutant, diuisione facta, si singuli sese *in solidum* obligarunt, ne factum debitorum in iniuriam creditorum cedat. 2) Communio est quidem *caussa huius obligationis*; ast cogitandum est, durante coniugio vnum idemque coniugum esse patrimonium, nullasque *partes* in eo illo tempore intelligi, quod *vnitate carnis* vnius personæ vice fungantur, vt paulo ante dictum. Socii ex *contractu pro rata* et acquirunt et se obligant, vt constante societate, singuli *pro rata* conueniri queant, nisi vnus societati præpositus fuerit, quod ab hac communione alienum est. 3) Errat MEVIVS, existimando, coniugem *pro parte* tantum fuisse consortem, quem tamen *in solidum* constante coniugio, obligari dicit. 4) Coniuges *correos* debendi constituit, quibus

examinatis Mevii rationibus.

bus tamen beneficium *diuisionis* denegatur, si socii sunt, et *in solidum* obligati iuxta ea, quæ tradit fusius LAVTERBACH *de obligat. socior. quæ oritur ex contr. cum extran. inita §. 23.* quod multo magis dicendum de tali *communione legali*, quæ singulorum obligationem *in solidum* format, ipso fatente MEVIO; ne dicam, beneficium diuisionis iuris Romani fœtum, ius Germanicum vero ex propriis principiis decidendum esse. Pariter 5) aliena ab hac doctrina est ratio, quod vice mutua fideiussisse intelligi debeant, cum tamen non *sua voluntate*, sed ex *ipsa lege* in solidum sint obstricti. Denique 6) erroneum est, quod statutum *personam* non tam obliget, *quam bona*, tum quod *obligatio* tantum in personam non proprie in *bona* cadat: tum etiam quod, vt SANDE satis probe in verbis adductis obseruat, *personarum præcipue intuitu hæc societas ineatur.* Ducuntur vxores non ob *commercium*, sed liberorum et mutui adiutorii causa. Hæc arctissima personarum vnio, qua in vnam carnem coalescunt, de iure Germanico *per consequentiam* peperit vnitatem et identitatem patrimonii.

§. XXVI. Dixi vero, coniugi vel heredibus eius *regressum* competere contra liberos aliosque cum quibus diuisio olim facta. Ponamus: maritum, relictis decessisse liberis, viduam vero secunda vota eligentem cum illis diuisisse, et tandem relictis ex secundo quoque thoro liberis decessisse; creditorem autem quendam hos, vt matris heredes, conuenire ex debito tempore primi thori contracto. Non dubium est, quin liberi secundi matrimonii creditori satisfacere teneantur *in solidum*. Quodsi vero hi liberis primi thori vel *litem denunciant*, vel *regressum* contra eos suscipiunt, id aliter fieri non potest, quam si demonstrauerint liberi secundi coniu-

Regressus tamen non competit, nisi doceatur, omissum in diuisione fuisse debitum.

coniugii, debitum hoc tempore *diuisionis* in computationem totius patrimonii haud venisse, illudque ex inuentario edito omissum esse. Quum enim antequam diuisio suscipiatur, debita quæuis deducenda sint **von dem gemeinen gantzen Guth**, præsumtio vrgens pro *liberis primi thori* militat, deductionem hanc fuisse factam, et debitum eo tempore simul in inventarium fuisse relatum; contrario vero probato, regressus non denegandus. Decisio hæc quodammodo illustrari potest

Quod ex statuto Hamburgensi illustratur.

ex *statuto nostro P. II. tit. XI. §. 16. in f.* vbi præmittitur, viduam liberari ære alieno, omnia bona cedendo creditoribus, nec rursus conueniri posse, si vel maxime ex liberalitate cognatorum dotata alii nupserit. Additur vero hæc notabilis clausula: **Da aber die Wittwe und ihr Ehemann sich des ersten Ehemanns Güther, es sey viel oder wenig, beweißlich angemasset hätten, so seyn sie auch auf dem Fall, zu den nachstehenden Schulden des ersten verstorbenen Ehemanns creditoren zu antworten verbunden.** Hæc verba illustrant ea, quæ antea plenius de obligatione *in solidum* dixi. Etenim 1) **die Anmassung des ersten Ehemanns Güther** aliter vix concipi potest, quam si vel cum *liberis* vel cum *consanguineis* eius diuisit, quia hoc modo partem de bonis, **es sey viel oder wenig**, acceperunt? 2) vidua cum nouo marito, cum quo rursus *coniugii iure* in vnitatem patrimonii transiit, tenetur creditoribus prioris mariti non *pro parte*, sed *in solidum*; alioquin enim statutum cauere debuisset, viduam cum consanguineis vel liberis primi matrimonii eo nomine teneri, et quidem singulos *pro rata*. Interim tamen 3) æquum quoque est, vt regressus viduæ saluus sit, si debitum hoc per *errorem*, diuisione facta, a communibus bonis deductum haud fuerit, modo error fuerit legitime probatus.

§. XXVII.

§. XXVII. Ad alterum casum progredior, quo vel durante vel finito morte matrimonio, aeris alieni onus immensum, concursum creditorum excitat sollicitatque. Non reperi, in *statutis antiquis MSCtis* de hoc casu aliquid cautum fuisse, vnde auguror, vniuersum olim patrimonium coniugum ad massam concursus tractum fuisse pro quocunque debito, siue *ante* siue *post* initum matrimonium fuerit contractum, cum haec distinctio extra *concursum* nec hodie vsum quendam habeat, vt *§. antec. ex art. 16. cit.* demonstraui. Videntur vero maiores pedetentim aliquid laxasse ex *antiquo iure*, et in gratiam vxorum, vt ex hoc naufragio aliquid quandoque seruare queant, distinctionem inter debita *ante et post matrimonium* contracta induxisse, vt nunc ostendendum erit. Referam ante omnia leges, quibus hodie Hamburgi vtimur. Primus textus est *P. II. tit. V. art. 10.* Wiewohl nach gemeinen beschriebenen Kayserlichen Rechten die Ehefrau, ihres eingebrachten Braut-Schatzes wegen, und daherrührenden stillschweigenden Verpfändung, in ihres Mannes Güthern vor allen andern Creditorn, ob die gleich ältere stillschweigende Verpfändungen hätten, vorgezogen werden: So wollen wir doch, zu Handhabung gemeines Nutzens, Trauens und Glaubens, und zu Beförderung der Handthierung, auch weil es hiebevor in dieser Stadt üblich also gehalten worden, hiemit geordnet haben, daß die Frauen ihres eingebrachten Braut-Schatzes halben, in ihres Mannes Schulden, so in stehender Ehe gemacht, nicht allein keinen Vorzug haben, sondern daß auch derselbe Braut-Schatz, wie dann ingleichen alle andere, ihre in stehender Ehe angeerbte Güthere, vor ihres Mannes Schulde gäntzlich hafften und gehalten seyn sollen. Was ihr aber nach ihres Mannes Tode, oder auch, nachdem derselbe entwichen, anstirbet, dessen

De aere alieno communi, concursu moto,

iure veteri

nouo

verba statuti.

sen hat sie billig samt ihren Kindern zu geniessen, und haben ihres Mannes Creditorn keine Forderung oder Zuspruch daran, es sey dann, daß sie sich anders verschrieben. Alter textus est *P. II. tit. XI. art. 13.* Werden nach des Ehemanns Absterben die nachgelassene Güther mit Schulden-Last beschweret befunden: so bleibet der nachgelassenen Wittwen eingebrachter Braut-Schatz vor die Schulden, die in stehender Ehe gemacht seyn, verbunden. Vterque textus euidenter differentiam constituit inter ius *commune Romanum*, et inter nostrum Hamburgense, quæ ex diuerso matrimoniorum Romanorum et Germanorum statu nascitur. Dotium Romanarum iura *diuersitatem patrimonii* vtriusque coniugis arguunt, quam *ius patrium* ignorat. Quicquid acquiritur vxori, marito quoque acquisitum censetur, et vice versa, et ita pro debitis mariti vniuersum patrimonium, vnde soluenda debita, tenetur. Distinctio autem inter *debita matrimonialia et non matrimonialia* stricto iure ne quidem hoc casu locum habere deberet, quemadmodum in *antiquissimo statuto MSto* eius nulla iniicitur mentio; per temperamentum tamen quoddam tandem maioribus hoc casu placuit.

Origo distinctionis inter debita matrimonialia et non matrimonialia.

§. XXVIII. Ansam huic distinctioni dedisse videtur *Recessus antiquus Hamburgensis* anno 1528. initus, in cuius *artic. 32.* hæc habentur: Dar iemand binnen unser Stadt ene Wedwe edder Jungkfrowen na düssen Dage trouwede, und desülve sick siner Güdern im Löffte höher berömede, alse de werth sin, und darna befunden wurde, dat he in sodanen Schulden where, dat sin Brudtschadt baven de Schulde nicht konde frey ingebracht werden, so schölen der Wedewen edder Jungkfrowen Güder vor de Schulde, so vorhen gemacket, se sin beervet, effte unbeervet, nicht geholden syn, de ock

ock siner Hußfrowen houetstol ane der Fründe Willen tho be-schwerende nicht mechtig sin. Obseruo ex hoc articulo 1) *ex statuto antiquo.* nouum temperamentum iuris antiqui in hoc *recessu* factum, idque indigitatum fuisse per verba: **na düssen Dage:** ad matrimonia ante hunc Recessum contracta hanc nouam dispositionem trahendam non esse, sed illa æstimanda iure antiquo censuerunt maiores, quod leges generatim *futuris* non *præteritis* scribantur negotiis. *l. 8. C. de LL.* Quocirca vxores, quæ ante hunc recessum iam iniuerant matrimonium, a maritis deceptæ, simpliciter ex *ære alieno* mariti tenebantur, vt nihil ex hoc incendio rei familiaris seruarent sibi, quod ante hunc recessum nihil de eo cautum fuerit. 2) Præsupponitur hic casus deceptæ per maritum vxoris, per fallaciam dissimulantem debita sua, totum eius patrimonium ita absorbentia, vt quam indicauerat patrimonii quantitatem inferendam, ab ære alieno immunem in matrimonium inferre non possit. 3) Hoc casu deceptæ vxori ita succurritur, *cuius verba dubia distinctioni ansam dederunt.* vt bona eius non teneantur **vor de Schulden, so vorhen gemacket.** Id vix aliter intelligi potest, quam de debitis tempore *initi matrimonii* dissimulatis vel ante illud contractis. Coniecturas tantum refero in hac probabilitate fundatas, quod ante hunc *recessum* inaudita, moto concursu, fuerit distinctio inter debita *matrimonialia* et *non matrimonialia*, sed vxor simpliciter idem fatum, quod maritum premebat, subire cogeretur. Noui quidem, hunc articulum statuto, quo hodie vtimur, *P. II. tit. V. art. XI.* insertum fuisse, et in hunc sensum verba: **so vorhen gemacket,** concurrentibus articulis antea allatis, vix amplius accipi posse; sed illud non impedit, quo minus anno 1528. quo primum temperamentum hoc introductum est, in eum sensum hanc legem maiores nostri capere potuerint, quamuis *nouo iure* eadem

verba, quæ ex hoc recessu retenta sunt, ad alium sensum paulisper flexa fuerint, vt cum ceteris huius statuti legibus conspirent. Hac coniectura inducor, vt credam per hunc recessum demum inter debita *ante* et *post matrimonium* initum contracta discrimen factum fuisse, quod et indicare videntur verba; Und darna (paulo post emergente concursu) befunden wurde, dat he in so danen Schulden were :c. Totus ergo articulus de graui ære alieno loquitur, tempore initi matrimonii quidem dissimulato, sed ita comparato, vt totum absorbeat patrimonium. Inde subsequentia verba: vor de Schulden, so vorhen gemacket, ad præcedentia, ad quæ se referunt, trahenda, vt bona vxoris de dissimulatis et ante nuptias contractis debitis haud teneantur. Quia vero emergente concursu vtplurimum vxores ad hoc *beneficium* prouocarunt, allegantes, se non ligari debitis ante nuptias a marito contractis, quæ vt plurimum a sponso dissimulari et silentio premi solent, admodum familiaris hæc distinctio in forensi tritura facta, vt consultius visum fuerit, generatim eam recipere, et moto concursu vxorum bona a nexu debitorum, ante matrimonium a marito contractorum, prorsus eximere.

Duo casus distinguendi 1) si bona fide contractum matrimonium.

§. XXIX. Quæ quum ita sint, duo casus iuxta ius, quo hodie vtimur, distinguendi sunt. Videndum scilicet, vtrum *bona fide* matrimonium initum, et *durante matrimonio* moles æris alieni ita creuerit, vt bonis prorsus labatur maritus; an vero dissimulato ære alieno se diuitem dixerit sponsus, vel certam quantitatem ab omni ære alieno liberam *dolo malo* professus sit, quæ tamen deficit. Priori casu, vti dictum, vxoris illata et quae constante matrimonio ei adhuc obuenerunt, pro debitis a marito *durante coniugio*

quo casu vxor non tene-

iugio contractis simpliciter tenentur, non vero pro *debitis praecedentibus*, quo ante nuptias maritus iam tenebatur. Fac, tempore initi connubii mariti patrimonium 20000. thalerorum valorem meruisse, eumque Titio aliisque *octo mille* debuisse; matrimonio durante autem in tantum vires bonorum decreuisse, vt de nouo *viginti mille* thalerorum æs alienum contraxerit; ad horum solutionem vxor quoque ex bonis suis concurrit; sed contra Titium ceterosque exceptione debiti *ante matrimonium* contracti tuta est. Posteriori casu, quid obseruandum sit, traditur in *P. II. tit. V. art. XI.* qui hodie vt plurimum *pomum Eridos* esse solet. Desumtus hic articulus est ex *recessu de anno 1528. art. 32.* vt modo §. *præc.* obseruaui, cuius verba primum tradam, vt liqueat, an et quatenus cum *textu antiquo* conueniant nec ne? Verba sunt hæc: da auch jemand binnen dieser Stadt ihm eine Wittwe oder Jungfraw vertrauen liesse, und bey der Verlöbniß sich seiner Güther höher, als dieselben werth seyn, berühmete, oder aber auch keinen Brautschatz namkündig gemacht hätte, und er darnach dergestalt in Schulden vertieffet befunden würde, daß er nach Ablegung derselbigen nichts eigenes gehabt, oder auch seinen berühmten Brautschatz nicht frey einbringen könnte; so sollen der Jungfrawen oder Wittwen Güther, vor die Schuld, so vorhin gemacht, sie haben in währender Ehe Kinder erzeuget oder nicht, keinesweges gehalten oder verpflichtet seyn, und soll derselbig seiner Hausfrawen Hauptstul, ohne der Freunde Willen zu beschweren nicht mächtig seyn. Omissa in textu sunt verba: na düssen Dage, quæ superflua visa sunt, postquam nihil noui iuris constitutum, sed lex iam ante rogata repetita est. E contrario addita hæc: oder aber auch keinen Brautschatz namkündig gemacht hätte, quæ *maioris declarationis* gratia, et ne

tur pro debitis ante matrimonium contractis

2) si vxor a marito obarato est decepta.

Verba statuti ex antiquo recessu tracta.

quodammodo noviter declarata.

ne quis verba legis captaret, adiecta sunt, cum sufficiat, quod se in genere diuitem per fallaciam dixerit finxeritque, et sponsam ad ineundum coniugium induxerit. Rursus etiam hæc *maioris declarationis* causa adiecta sunt: (quod forsan olim in foro creditores inde exceptionem contra vxorem formauerint) **daß er nach Ablegung derselbigen nichts eigenes gehabt, oder auch ꝛc.** siue enim de certa bonorum quantitate gloriatus fuerit, siue generatim se diuitem per machinationes varias simulauerit, parum refert, quamuis quidam verba antiqui recessus ad primum casum restringere voluisse videantur.

Verba maxime ambigua; **vor die Schuld so vorhin gemacht.**

§. XXX. Retenta vero sunt verba: **vor die Schuld, so vorhin gemacht,** nunc quidem admodum ambigua, vt ænigma sapere videantur. Si in sensu illo, quem §. XXVIII. eis dedi, hoc in loco accipienda sunt, frustranea et sine effectu esse videntur, cum in genere vxor mariti debita *ante nuptias* inita soluere haud teneatur, si vel maxime maritus tempore contracti matrimonii satis idoneus et soluendo fuerit, ac omni fraude caruerit. Singulariter tamen hic aliquid cautum fuisse, tum connexio cum præced. §. 10. tum verba: **da auch jemand ꝛc.** docent indigitantque, in casu hoc singulari *ius singulare* et *exceptionem* a regula, in §. *præc.* tradita, factam fuisse. Non ergo hic videndum, quo sensu forsan maiores anno 1528. ea acceperint, sed quo hodie stante *art. X. cit.* et ne sine effectu sint, accipi debeant. Est enim particula **vorhin** *indefinita* et *præcedens* aliquod *tempus* designat, quamuis eius terminos *a quo* et *ad quem* non indicet. Vel enim intelligi possunt de ære alieno *ante matrimonium* initum contracto: vel de eo, quod antequam fraus callida mariti detecta atque manifestata fuerit, factum, et prio-

ri

ri moli æris alieni *antematrimonialis* additum eſt, cum callidi debitores, alios qui deceperunt, ſæpe diuturno tempore in abdito latitent, vt poſt aliquot annos demum fraus appareat. *Priorem* ſignificatum amplecti non potuerunt maiores, quem iam *artic. præced. X.* tradiderunt generaliter; neceſſe ergo eſt, vt *poſteriorem* ſenſum in mente habuerint, et ea intentione hunc articulum ſubiecerint priori, vt in adducto caſu aliquid, quod a *præcedenti articulo* deuiaret, conſtituerent, oſtenderentque, ne quidem ob debita *matrimonialia* vxoris bona teneri, poſtquam fraus mariti detecta eſt. Huic interpretationi fauent etiam *verba art. XI. vltima*, quæ in futurum a tempore detectæ fraudis vxori cauent: und ſoll derſelbige ſeiner Frauen Hauptſtuhl ohne der Freunde Willen zu beſchweren nicht mächtig ſeyn.

quorum verus ſenſus hodiernus traditur.

§. XXXI. His itaque poſitis atque conſtitutis, ex hoc textu ſtatuti noſtri obſeruo, (I) *duos caſus fallaciæ* emergere poſſe, quorum primus eſt, wenn iemand bey der Verlöbniß keinen Braut-Schatz nahmkündig gemacht, und er darnach dergeſtalt in Schulden vertieffet befunden würde, daß er nach Ablegung derſelben nichts eigenes gehabt; *æs alienum* enim eſſe notanter dicitur, *quod nos aliis debemus*, vt noſtrum amplius patrimonium eſſe non videatur, licet adhuc in diſpoſitione noſtra ſit. *l. 213. §. 1. de V. S.* Ergo hic præſupponitur caſus, ſi absque *pactis dotalibus* nuptiæ initæ fuerint, ſponſus tamen contra bonam fidem diuitem ſeſe ſimulauit, cum tamen deducto ære alieno nihil ipſi ſupereſſet, id quod *absque fraude* vix concipi poteſt, quam etiam maiores ſuppoſuiſſe videntur. Hæc ſuſpicio ſi euidentibus argumentis declinari poteſt, ceſſat etiam diſpoſitio, cum ſæpe homines de bonis ſuis plus ſperent, quam in illis eſt.

Duo caſus fallaciæ traduntur.

Alter

Alter casus est, wenn er einen Braut-Schatz nahmkündig gemacht, und sich seiner Güther höher, als dieselbe werth sind, berühmet, und darnach dergestalt in Schulden vertieffet befunden würde, daß er seinen berühmten Braut-Schatz nicht frey einbringen könne. Hoc casu quidem *pacta nuptialia* concipiuntur, in quibus determinatum est, quid in *societatem coniugalem* vtrinque illatum, de *diuisione* autem nihil cautum, sed *ius statutarium* simpliciter reseruatum fuerit, vt communio ita durare queat. Ab antiquo enim vsitatum fuit, vt, iure Romano introducto, *pacta dotalia* quidem condita, sed liberis deficientibus vel aliter *communio* reseruata sit, vt in Hassia etiam moris est, vbi hæc formula vsitata: im übrigen setzen die iungen Eheleute Hut bey Schleyer und Schleyer bey Hut. Ex his verbis communiter *pactum successorium* conficiunt, cum tamen nihil aliud euincant, quam *communionem bonorum* pacto reseruatam et confirmatam. Sic itaque etiam iure Hamburgensi a marito in communionem illata more Germanis vsitato vocantur der Braut-Schatz, *dos mariti*, quæ appellatio in antiquis diplomatibus et monumentis vsitatissima est, vt docet Dn. de LVDEWIG *diss. de dote mariti*, quamuis pontifex in *c. 6. X. de donat. inter vir. et vx.* eam haud intellexerit. Sic in charta de *anno* 1267. apud Dn. de LVDEWIG *tom. IV. reliqu. MSS. p. 97.* occurrit venditio cum voluntate et consensu vxoris facta adiecta hac clausula: *cui prædictam sortis meæ diu ante* IN DOTE *assignaueram.* conf. etiam SCHILTER. *ad tit. de iure dot.* §. 75. *et 86.* (II) Licet in adductis verbis *sponsalium* mentio fiat, non tamen illa de statu eorum durante intelligi possunt, sed potius vbi contracto iam matrimonio ex postfacto fraus apparet. Inter *desponsatos* qua tales nulla adest *bonorum communio*, adeoque sponsalibus adhuc durantibus seu re integra

de matrimonio, non de sponsalibus hic quæstio est,

hæc

hæc quæſtio moueri nequit. (III) Quocirca hæc declaratio quoque ſubiicitur: ſie haben in währender Ehe Kinder erzeuget oder nicht, quæ indigitat, de caſu, vbi *contracto* iam *matrimonio* fraus detecta eſt, in dicto articulo agi, et quamvis aliis liberis exſtantibus, ante omnia *æs alienum* ex communibus bonis deducendum ſit, id tamen ad hunc caſum noluerunt extendere maiores in præiudicium vxoris quoad illata. Denique (IV) detecta fraude maritali ſecuritati vxoris ita proſpicitur, daß der Mann ſeiner Frauen Haupt-Stuhl ohne der Freunde willen zu beſchweren nicht mächtig seyn ſolle. Quocirca (a) ne quidem *vxoris conſenſus* hoc caſu ſufficit, ſed *conſanguineorum approbatio* deſideratur, quod maritus facile ad conſentiendum vxorem inducere queat. (b) Deficiente *conſenſu conſanguineorum* ne quidem, moto concurſu, bona vxorum, quæ generatim der Haupt-Stuhl vocantur, pro debitis maritalibus tenentur, ſed ea libera ſunt a ſubhaſtatione et extra concurſum ſeparanda, ſi adhuc exſtant. Vt enim in genere quicquid in ſocietatem confertur, *ſors* vocari ſolet; ita pariter in verbis tactis appellatio hæc accipienda, vt quicquid vxor intulerit, ea denominatione veniat. (V) Detecta fraude maritali vxor vigilare et hoc indicare debito modo tenetur, vt alii deterreantur, ne vlterius marito pecuniam credant; quia ſi tacet, ſi fraudem mariti tegere ſtudet, ſibique non vigilat, et inde contingit, vt plures alii adhuc cum marito contrahant, tacite ſuo iuri renunciaſſe videtur. Quocirca ante aliquot annos, cum in concurſu moto contra Pamphilum acriter diſceptaretur, vtrum etiam bona vxoris, quæ præſidium in *hoc articulo XI.* ponebat, ſimulque alia dubia mouebat, haſtæ ſubiici deberent, remedio *reuiſionis* interpoſito, hæc declaratio prioribus ſententiis adiecta: jedoch mit dieſer Erklärung, daß mit ſub-

non diſtinguitur, vtrum matrimonium ſit improle nec ne?

de futura ſecuritate vxori quoque proſpectum.

Interim bona vxoris haſtæ ſubiicienda non ſunt, donec hæc exceptio excuſſa fuerit.

ſubhaſtation und alienirung der impetrantinnen Pamphilæ eigener Habſeeligkeit, ſo viel deren an beweg- und unbeweglichen vorhanden, noch zur Zeit und biß ſelbige mit ihren wider die creditores habenden exceptionibus gehöret, geſtalten Sachen nach innen zu halten. Ratio *decidendi* hæc erat, daß bey obhandener ſubhaſtation und diſtraction ihrer Güther derſelben ein groſſes præiuditz zuwachſen, und unwiederbringlicher Schade zugefüget werden könnte, im Fall von derſelbigen ihre Befugniß dagegen in progreſſu litis deducirt werden möchte, folglich biß dahin der ſubhaſtation billig Anſtand zu geben ꝛc. Vbi hoc per rem iudicatam impetratum, et ab vxore ad beneficium huius *articuli XI.* acriter prouocatum, probatio eidem impoſita eſt per ſententiam ſequentis tenoris: Würde ſie (Pamphili Ehefrau) daß ihr Ehemann zur Zeit der mit ihr getroffenen Verlöbniß dergeſtalt in Schulden vertieffet, daß er nach Ablegung derſelben nichts eigenes gehabt, wogegen procuratori concurſus reprobationem auszuführen, oder auch, daß ſie den ſchlechten Zuſtand ihres Mannes eher gewuſt, als die würckliche und *bona fide contrahirte matrimonial* Schulden gemacht worden, zu erweiſen unbenommen iſt, rechtsgültig darthun, ſo ergehet ratione des Brautſchatzes und der Ausſteuer ferner, was hieſigen Stadt-Rechten gemäß iſt, quæ ſententia, appellatione a procuratore concurſus interpoſita non obſtante, confirmata eſt.

Si bona fide inita nuptiæ, moto concurſu, vxoris bona quæcunque ſubhaſtantur pro mariti debitis.

§. XXXII. Sed *ad regulam* reuertor, quæ eo caſu obtinet, quando *bona fide* contractum eſt matrimonium, ſed eo durante, maritus ſoluendo eſſe deſinit, quo caſu quid obtineat, *§. XXVII.* ex ſtatuto noſtro traditum eſt. Videlicet hoc in caſu bona vxoris tantum haſtæ ſimul ſubiiciuntur wegen ihres Mannes Schulden, ſo in ſtehender Ehe gemacht.

Deſi-

Desideratur ergo (1) *vt bona vxoris vel in dotem data seu in matrimonium illata, vel alias constante matrimonio acquisita fuerint*, der Braut-Schatz ingleichen alle andere ihr in stehender Ehe angeerbte Güther. Hæc verba euidenter ostendunt a) *acquisitionis coniugalis* conceptum iure nostro longe aliter formandum esse, quam a LAVTERBACHIO supra relato factum est. Noui in nonnullis statutis *acquisita* hæc *coniugalia* admodum restringi, et inprimis ex eo æstimari, quicquid *communi labore* et *opera* acquisitum est vel pro tali habetur; sed simul ostendi, id potissimum ex iuris Romani principiis tractum, et *societatem negotiatoriam* cum *acquisitione coniugali* adeo collatam fuisse, vt omnes fere conclusiones postea exinde petitæ fuerint. Ius patrium ab his principiis abhorret, præsertim cum *communionis* limites latius in eo extensi fuerint, et distinctio bonorum tantum, *eueniente concursu* creditorum, in solatium vxorum et liberorum obærati patris, introducta fuerit. Non distinguitur itaque, quo titulo bona hæc ab vxore acquisita fuerint, quum nec *hereditaria* excludantur. Inde vero fluunt sequentes conclusiones. Prima est: *Vxorem omnia bona, qualiacunque fuerint, creditoribus cedentem liberari, nec vlterius teneri.* Quum enim bona *dotalia* et constante matrimonio acquisita ob æs alienum mariti teneantur *iure communionis*, palam est, vxorem hoc modo liberari, non item maritum; si forsan casu fortuito ad incitas redactus, bonis cedere cogatur, quod beneficium *cessionis bonorum* quidem executionem differat, sed debitorem principaliter contrahentem non liberet. Id clare decisum est in *statuto nostro P. II. tit. XI. art. 15.* Würde die Witwe nach Absterben ihres Ehemannes, wegen der auf dem Sterb-Hauß befindlichen beschwerlichen Schulde des Sterb-Hauses und der nachgelassenen Güther sich nicht an-

sine distinctione, quo titulo acquisita fuerint: cedendo omnia bona creditoribus liberatur.

subhaſtation und alienirung der impetrantinnen Pamphilæ eigener Habſeeligkeit, ſo viel deren an beweg- und unbeweglichen vorhanden, noch zur Zeit und biß ſelbige mit ihren wider die creditores habenden exceptionibus gehöret, geſtalten Sachen nach innen zu halten. Ratio *decidendi* hæc erat, daß bey obhandener ſubhaſtation und diſtraction ihrer Güther derſelben ein groſſes præiuditz zuwachſen, und unwiederbringlicher Schade zugefüget werden könnte, im Fall von derſelbigen ihre Befugniß dagegen in progreſſu litis deducirt werden möchte, folglich biß dahin der ſubhaſtation billig Anſtand zu geben ꝛc. Vbi hoc per rem iudicatam impetratum, et ab vxore ad beneficium huius *articuli XI.* acriter prouocatum, probatio eidem impoſita eſt per ſententiam ſequentis tenoris: Würde ſie (Pamphili Ehefrau) daß ihr Ehemann zur Zeit der mit ihr getroffenen Verlöbniß dergeſtalt in Schulden vertieffet, daß er nach Ablegung derſelben nichts eigenes gehabt, wogegen procuratori concurſus reprobationem auszuführen, oder auch, daß ſie den ſchlechten Zuſtand ihres Mannes eher gewuſt, als die würckliche und *bona fide contrahirte matrimonial* Schulden gemacht worden, zu erweiſen unbenommen iſt, rechtsgültig darthun, ſo ergehet ratione des Brautſchatzes und der Ausſteuer ferner, was hieſigen Stadt-Rechten gemäß iſt, quæ ſententia, appellatione a procuratore concurſus interpoſita non obſtante, confirmata eſt.

Si bona fide initæ nuptiæ, moto concurſu, vxoris bona quæcunque ſubhaſtantur pro mariti debitis.

§. XXXII. Sed *ad regulam* reuertor, quæ eo caſu obtinet, quando *bona fide* contractum eſt matrimonium, ſed eo durante, maritus ſoluendo eſſe deſinit, quo caſu quid obtineat, *§. XXVII.* ex ſtatuto noſtro traditum eſt. Videlicet hoc in caſu bona vxoris tantum haſtæ ſimul ſubiiciuntur wegen ihres Mannes Schulden, ſo in ſtehender Ehe gemacht.

Defi-

Desideratur ergo (1) *vt bona vxoris vel in dotem data seu in matrimonium illata, vel alias constante matrimonio acquisita fuerint*, der Braut-Schatz ingleichen alle andere ihr in stehender Ehe angeerbte Güther. Hæc verba euidenter ostendunt a) *acquisitionis coniugalis* conceptum iure nostro longe aliter formandum esse, quam a LAVTERBACHIO supra relato factum est. Noui in nonnullis statutis *acquisita* hæc *coniugalia* admodum restringi, et inprimis ex eo æstimari, quicquid *communi labore* et *opera* acquisitum est vel pro tali habetur; sed simul ostendi, id potissimum ex iuris Romani principiis tractum, et *societatem negotiatoriam* cum *acquisitione coniugali* adeo collatam fuisse, vt omnes fere conclusiones postea exinde petitæ fuerint. Ius patrium ab his principiis abhorret, præsertim cum *communionis* limites latius in eo extensi fuerint, et distinctio bonorum tantum, *eueniente concursu* creditorum, in solatium vxorum et liberorum obærati patris, introducta fuerit. Non distinguitur itaque, quo titulo bona hæc ab vxore acquisita fuerint, quum nec *hereditaria* excludantur. Inde vero fluunt sequentes conclusiones. Prima est: *Vxorem omnia bona, qualiacunque fuerint, creditoribus cedentem liberari, nec vlterius teneri.* Quum enim bona *dotalia* et constante matrimonio acquisita ob æs alienum mariti teneantur *iure communionis*, palam est, vxorem hoc modo liberari, non item maritum; si forsan casu fortuito ad incitas redactus, bonis cedere cogatur, quod beneficium *cessionis bonorum* quidem executionem differat, sed debitorem principaliter contrahentem non liberet. Id clare decisum est in *statuto nostro P. II. tit. XI. art. 15.* Würde die Witwe nach Absterben ihres Ehemannes, wegen der auf dem Sterb-Hauß befindlichen beschwerlichen Schulde des Sterb-Hauses und der nachgelassenen Güther sich nicht an-

sine distinctione, quo titulo acquisita fuerint: cedendo omnia bona creditoribus liberatur.

anmaſſen, ſondern den Creditorn des verſtorbenen Ehemannes die nachgelaſſene und am Sterb-Tage verhandene Güther würcklich und aufrichtig abtreten und auftragen: ſo kan dieſelbe Wittwe durch ſolche beſtändige ceſſion von ihres verſtorbenen Ehemanns Creditorn ſich loßwürcken und entfreyen. *Secunda* concluſio eſt: *quicquid vxor poſt mortem mariti vel poſtquam mole æris alieni grauatus diſceſſit, iure hereditario acquirit, ad concurſum trahi nequit*, vt *P. II. tit. V. art. 10. in f.* cauetur: Was ihr aber nach ihres Mannes Tode, oder auch nachdem derſelbe entwichen, anſtirbt, deſſen hat ſie billig ſamt ihren Kindern zu genieſſen, und haben ihres Mannes Creditorn keine Forderung oder Zuſpruch daran, es ſey dann, daß ſie ſich anders verſchrieben, quia enim *bona communia* cedendo creditoribus ſeſe liberare poteſt ab onere æris alieni a marito contracti, inde conficitur, vt poſtea acquiſita ab hoc onere immunia eſſe debeant. Denuo id firmatur *P. II. tit. XI. art. 14.* Woferne aber die Wittwe, wenn ſie die Güther ihres verſtorbenen Ehemanns Creditorn abgetreten, von ihren Eltern oder nechſtverwandten Freunden, nach des Mannes Todt oder falliment etwas ererben würde, deſſen hat ſie und ihre Kinder, vor ihres verſtorbenen Ehemanns Creditorn An- und Zuſpruch frey und ungehindert billig zu genieſſen. Equidem ſi maritus aufugit, coniugium moto concurſu, non finitur, ſed in *ſuo ſtatu* perdurat: eius tamen patrimonium ita turbatur atque incendio præſentiſſimo exponitur, vt quicquid *coniugum* antea fuerat, *creditorum* eſſe incipiat, et ſic quaſi hoc patrimonium obæratum per concurſum excitatum moritur atque exſtinguitur, vt quicquid deinceps vxori obuenerit, in idem naufragium non ſit trahendum, prout rigorem iuris antiqui maiores noſtri optimo temperamento emolliuerunt. *Tertia* concluſio eſt:

Quicquid vxor poſt mortem mariti acquirit, ad concurſum non trahitur.

quod etiam dicendum, ſi maritus ob æs alienum diſceſſit.

vel ſi a conſanguineis

Idem

Idem quoque dicendum, si cessis bonis communibus a propinquis secundo nubendo dotata denuo fuerit, vt cauetur *P. II. tit. XI. §. 16.* Würden der Wittwen, (welche nach ihres Ehemannes tödtlichen Abgange, alle am Sterb-Tage im Sterb-Hause und sonst verhandene, und ihrem verstorbenen Ehemanne, und ihr zugehörige beschwerte Güther ihren Creditorn hat abgetreten) Eltern oder verwandte Freunde dieselbe aus ihren eigenen Güthern wiederum aussteuern: so können des verstorbenen Ehemanns Creditorn so wenig die Wittwe, als auch ihren andern Ehemann ferner nicht besprechen. *Quarta* conclusio est: *Vxor bonis mariti sese immiscens ob aes alienum primi mariti cum secundo marito tenetur* per *cit. text.* in *art. 16. in fin.* Da aber die Wittwe und ihr ander Ehemann, sich des ersten Ehemanns Güther, es sey viel oder wenig, beweißlich angemasset hätten; so seyn sie auch auf den Fall zu den nachstehenden Schulden des ersten verstorbenen Ehemannes Creditorn zu antworten verbunden. Hoc tamen sine dubio intelligendum, 1) si cum secundo marito aeque in communionem bonorum transiit, quo non facto, hic ex antecessoris sui debitis conueniri nequit: 2) vt moto concursu ob debita mariti prioris tantum teneatur vxor ob aes alienum constante coniugio primo contractum. *Quinta* conclusio est: *Vxor, mortuo marito, non habet potestatem illata repetendi, seseque hoc ipso ab onere aeris alieni mariti liberandi*, quod ex *art. 10. P. II. tit. V.* euidenter liquet. Supra iam errorem hunc, quem KOHLIVS inprimis *ad constit. Marchic.* fouet, notaui, atque ostendi, ex conceptu plane peruerso de *portione statutaria coniugum* hinc inde contrarium vel receptum vel constitutum esse. Ius patrium in hoc genuina et limpidissima retinuit principia, et sicuti *communio bonorum* vxorem in *communionem aeris alieni* vocat, ita ab hoc sese

rursus dotata fuerit

Aliud est, si secundo nubens mariti primi bonis se immiscuit.

Vxor moto concursu illata repetere nequit.

aliter liberare nequit, quam *cessione omnium bonorum*, vt nihil ex *illatis* et *acquisitis* seruare queat.

Matrimonium debet esse consummatum.

§. XXXIII. Alterum requisitum est, vt *matrimonium consummatum fuerit*, quo ipso demum *communio* inter coniuges et ita quoque *æris alieni communio* inducitur. Quamvis vero ἱερολογία constituere dicatur coniugium, qua *consensus coniugalis* declaratur; ius Germanicum antiquum tamen præterea ad effectum plenum iurium connubialium desiderauit *conscensionem thalami*, vt vxor iam *thori socia ipso facto facta* fuerit, quod in *spec. Saxon. lib. I. art. 45.* indicatur his verbis: sie ist seine Genoßin und tritt in sein Recht, wenn sie in sein Bette tritt. *et lib. III. art. 45.* Das Weib ist auch ihres Mannes Genoßin aller der Ehren und Würdigkeit, die der Mann hat zur Hand, als sie in sein Bett tritt, quod ex FRIDERICI III. historia illustrat GVNDLING. *de emt. uxor. C. 3. §. 14.* Vtrum vero hoc principium in solo Germanico ex *caussis domesticis* natum, an vero aliunde assumtum sit, ante omnia eruendum est. Posterius vel inde probabile redditur, tum quod nullæ *rationes domesticæ* adferri queant, quæ ex *Germanorum rebus et institutis* hoc principium fluere ostendant; tum quod in *iure canonico* commune principium reperiatur, vnde plura in *iure Germanico* pedetentim assumta sunt, vt *speculatores* ostendunt, et gentium, sedi papali subiectarum, scita demonstrant. Conclamatum autem est, matrimonia iure hoc potissimum æstimari ex *sacramento*, quod demum *ratum* facere coniugium creditur, *c. 7. X. de diuort.* cui omnem eius vigorem attribuunt, *c. 6. X. qui fil. sint legit.* Proinde non mirandum est, ex hac ecclesiæ Romanæ doctrina, pro *articulo fidei* orbi obtrusa, et per *iudicia ecclesiastica* propagata, assumtum dogma

conscensione thalami

secundum iuris canonici principia.

dogma fuisse, tunc demum in *communionem bonorum* transire coniuges, quando *vna caro* fieri vel facti creduntur, quia hoc ipso demum *sacramentum* coniugii *perfectum* est iuxta c. 6. X. de digam. non ordin. vbi pontifex ita: *coniugium illud, quod non est commixtione corporum consummatum, non pertinet ad illud coniugium designandum, quod inter CHRISTVM et ecclesiam per incarnationis mysterium est contractum.* Assumtum hoc principium est ex sententia LEONIS, tradita in *c. 17. C. 27. qu. 2.* adeoque non demum cum INNOCENTIO III. nata, sed ab eo duntaxat regustata. Idem obseruat CAROLVS A MEAN *in iure ciu. Leod. P. I. obs. 51. n. 7.* et præmissa generali doctrina, quod *communio* demum ex tempore conscensionis thalami arcessenda sit, hæc subiicit: *Huius opinionis ratio in eo consistit, quod etsi nuptias consensus non concubitus faciat, et perfectum sit ante copulam, quoad vinculum, matrimonium; est tamen imperfectum quoad significationem: non enim omnia illa significat, quæ significaret carnali copula consummatum.* Non ergo hic prouocari potest ad *principia iuris Romani*, vnde hodie *causæ matrimoniales* non æstimantur, quamuis rursus in hanc inclinauerit sententiam LAVTERBACHIVS *de ære alieno in societ. coniug. contr. solu. §. 12. n. 7.* aiens: *vbicunque vero nihil tale statuto reperitur constitutum, vel consuetudine receptum, ibi coniugalem bonorum societatem moribus receptam vel statuto introductam, statim ex tempore contracti matrimonii initium sumere existimamus, ita vt quam primum coram sacerdote personæ desponsatæ coniugali consensu ius corporum ad vsum matrimonii sibi inuicem communicauerint, atque a ministro verbi mulier viro rite copulata et tradita fuerit, simul etiam tacite in bonorum communionem et societatem consensisse videantur; qui ipse tacitus illorum consensus sufficit ad societatem tanquam*

vt fatetur Carolus a Mean.

male vero philosophatur Lauterbachius.

quam contractum consensualem contrahendam et perficiendam. Vel verba vltima produnt erroneum de *communione bonorum coniugali* conceptum, quem supra iam notaui, atque ostendi, Germanos ab eo alienissimos, nec *peregrina iuris Romani principia* hic assumenda esse, quin potius statuendum, vbi de hac re nihil statuto cautum, secundum *mores teutonicos* matrimonii effectum demum a *conscensione thalami* repetendum esse. Neque enim quod *iuris Germanici vniuersalis* fuit, statuto determinare necesse fuit, adeoque etiam *iure Hamburgensi* idem obtinere asserendum est. Conf. SANDE *lib. II. tit. V. def. I.* WESEL *de connub. bonor. societ. tr. 1. n. 30. sqq.*

Æs alienum tempore desponsationis contractum huc non pertinet.

§. XXXIV. Vnde variæ necti possunt conclusiones. Nam 1) æs alienum tempore *desponsationis* contractum, pro eo habendum, quod *ante matrimonium contractum* est, quomodocunque verba sponsalium concepta fuerint, quoniam adhuc deest communio. WESEL *cit. l.* CARPZOV. *P. III. C. XIX. def. 6.* 2) Non sufficit quilibet ingressus thalami sed *legitimus* et *secundum leges* susceptus desideratur, qui demum post ἱερολογίαν fieri potest. Proinde si vel maxime sponsus cum sponsa concubuit, eo ante copulam sacerdotalem mortuo, *nulla* adest *bonorum communio*, nec *æris alieni communicatio.* CARPZOV. *cit. l.* 3) Si vel maxime post ἱερολογίαν *ante ingressum thalami* contractum est æs alienum, adhuc tamen pro eo habendum, quod *ante matrimonium* contractum est, vt recte censet LAVTERBACH *cit. l. §. 13. n. 3.* 4) *Conscensio thalami* duntaxat desideratur, ex qua colligitur *corporum commixtio*, vtut ius canonicum primæ noctis abstinentiam commendauerit vel imperauerit. *c. vlt. D. 23. c. 5. C. 30. qu. 5.* Quocirca si vel maxime ob *impotentiam viri corporum*

Conscensio thalami debet esse legitima.

Ante conscensionem thalami contractum hic alienum est.

Quid si matrimonium

porum commixtio haud ſequatur, effectus communionis tamen non deficit, ſi in eo coniugio permanſerint coniuges. CARPZOV. *cit. l. def. 5.* Vxore vero ad *nullitatem matrimonii* agente, et a marito disiuncta, omnis *communionis* effectus perit, atque vxor, quæ intulit, repetit, quæ repetere haud poſſet, ſi iuxta LAVTERBACHII doctrinam ex *conſenſu tacito* vel *contractu*, tacito conſenſu inito, hæc arceſſenda foret. Matrimonium, quod *validum* eſt, hanc demum inducit, adeoque eo ob *nullitatem* deficiente, omnis eius effectus, quem *commixtio corporum* deſiderat, perit. 5) Aliud dicendum de *matrimonio putatiuo*, *nulliter* quidem ſed *bona fide* contracto, quippe quod ob hanc omnes veri matrimonii effectus habet, licet ex poſt facto diſſoluatur. Id euidenter declarat pontifex in *c. 2. X. de donat. inter vir. et vxor.* vbi caſus adfertur de matrimonio *nulliter*, ſed *bona fide* contracto, quod *diuortio* dicitur diſſolutum fuiſſe; quamcunque enim diſſolutionem etiam ex capite *nullitatis* hoc nomine venire quis ignorat? Maritus vero non tantum dotem illicite detinebat, ſed et *poſſeſſiones*, *quæ ipſis*, *dum ſimul viuerent*, *cuiuscunque contractus titulo communiter obuenerunt*, *ea prorſus excluſa*, *ſibi nitebatur vindicare.* Reſpondit VRBANVS III. *maritum ad reſtitutionem dotis et diuiſionem eorum*, *quæ olim communiter habuerunt*, *diſtrictione eccleſiaſtica compellendum eſſe.* Conf. SANDE *cit. l. def. 2.* HERTIVS *de matrimon. putat. §. 25.*

nullum ex impotentia?

quid de putatiuo?

§. XXXV. Tertium requiſitum eſt, vt *æs alienum conſtante tali matrimonio contractum fuerit*, **Schulden, ſo in ſtehender Ehe gemachet** per *art. 10. P. II. tit. V.* Neque vero diſtinguitur, vnde debitum ortum traxerit, ſed ſimpliciter aſſeritur, **daß ihre Güther vor des Manns Schulden** gänß-

Æs alienum debet eſſe conſtante matrimonio contractum.

An etiam mulctat?

gäntzlich hafften und gehalten seyn sollen. Vnde est 1) quod etiam *pœnam pecuniariam* seu *mulctam* magistratui adhuc debitam soluere teneatur. Quamuis enim statutum Hamburgense de debitis ex *negotiis licitis* disponere videatur, *creditorum* vbique mentionem faciendo in *art. 14. 15. et 16. P. II. tit. XI.* quo nomine vtplurimum et principaliter, quibus ex *contractu* aliquid debetur, veniunt; non tamen alienum est a iuris nostri doctrina, sub *creditorum* appellatione etiam eos, quibus *ex delicto* debetur, aliquando contineri, *l. 12. D. de V. S.* quum horum nomine veniant in genere omnes, *quibus ex* QVALIBET CAVSA debetur, *l. 10. et 11. eod.* sicuti vice versa *debitor* non tantum is est, qui ex *contractu* sed etiam qui ex *delicto* debet *l. 14. de hered. petit.* Id non tantum generalis *iuris Hamburgensis* dispositio, quæ *nulla debita*, constante matrimonio facta, excipit, sed ipsa etiam communionis *ratio* et *natura*, quæ omnia coniugum bona confundit et in *vnum idemque patrimonium* tempore coniugii coadunat, desiderat, vt supra iam monui. Qualitas hæc *patrimonii connubialis* efficit, vt ex eo *mulctæ* et *pœnæ pecuniariæ* solui debeant, quæ ob delictum marito viuenti imposita sunt; sicuti indistincte de eo *extra concursum* tenetur, si vel maxime ante nuptias debitor *ex delicto* factus fuerit, vt recte obseruat CAROL. a MEAN *in iure ciu. Leodiens. obs. 57. n. 1.* In alia omnia iuit ABRAHAMVS a WESEL *de connub. bon. societ. tr. 2. c. 3. n. 16. sqq.* rationibus his ductus, quod maritus quidem *caput magisterque societatis* in contrahendis negotiis, non autem in flagitiis et pœnis dicendus: quod maritus eo nomine proprie non sit *debitor* nec fiscus *creditor*, atque ille ex delicto proprie obligatus esse dicatur, qui illud commisit, nec alieni criminis successor constituatur: *l. 26. de pœn.* quod ex alieno crimine nemo puniri debeat: *l.*

22. *C. eod.* quod nulla delicti societas inter coniuges contracta sit, sed noxa caput sequatur etc. E contrario GORIS in *aduers. iur. subcis. tr. I. c. 4. n. 7.* distinguit inter *grauius* et *leuius* delictum, vt ob *hoc* pœna ex *bonis communibus*, ob *illud* ex delinquentis loculis soluenda sit. Sicuti vero hæc distinctio nullum fundamentum habet, vt optime obseruat WESEL *cit. l. n. 57.* ita huius quoque decisionem agnoscere non possum, ex rationibus iam adductis. Non adeo enim insolitum et infrequens in iure est, ex pœna *delinquenti soli* imposita per *consequentiam* simul incommodo et damno quodam affici innocentem, vt pluribus exemplis illustrat Dn PRAESES *diss. de pœna sine crimine*, quo ipso tamen minime efficitur, vt *proprie loquendo* et *directo* innocens puniatur. *Qualitas patrimonii* efficit, vt quia ex hoc mulctæ luendæ sunt, simul innocens vxor, quæ separatum a marito non habet patrimonium, *per indirectum* lædatur, quod damnum instar *casus fortuiti* æquo animo deuorare debet, sicuti alia infortunia, quibus *patrimonium connubiale* minuitur, simul sustinet. Quid ergo dicendum, si vxor constante matrimonio deliquerit, et in mulctam pecuniariam condemnata fuerit? In hoc casu WESEL *cit. l. n. 65.* obligari maritum credit, vt eam pro vxore soluat, soluto matrimonio eandem retributura. Quod ergo in *vxore delinquente* iuris est, idem quoque in marito punito admittendum; de *retributione* autem soluto matrimonio iure nostro vel ideo dubito, quia quod matrimonio finito ex bonis communibus soluendum est, ex eo *in genere* ante omnia deducendum, vel vxor bonis cedere debet, vt ab ære alieno maritali liberetur, nulla *reseruatione* facta, quæ ipsi nullibi indulta est.

maritus etiam pro vxore mulctam soluit.

Confiscationis est diuersa ratio.

§. XXXVI. De *confiscatione bonorum*, quam maritus ex suo delicto subire cogitur, secus dicendum arbitror. Equidem in casu *moti concursus*, vbi bona communia ne quidem creditoribus sufficiunt, hæc quæstio otiosa est, quia nihil superest, quod fiscus eripere queat. Præsupponi hic ergo debet eiusmodi species, qua *bona sufficientia* adsunt, et sic hæc obseruatio ad primum casum, qui in *ære alieno*, extra concursum soluendo, occupatus fuit, pertinet, quem nunc supplebo hac meditatione, licet iam supra eius discussionem absoluerim. Videlicet cum hoc casu fiscus *in locum mariti* succedat, hic vero *pro mortuo* ciuiliter habendus sit, *l. 65. §. 12. pro soc. §. 7. I. de societ.* et ita fiscus heredis loco esse videatur, *l. 2. C. ad L. Iul. de vi publ. l. 11. §. fin.* de *fideiuss.* in eum res reducitur statum, vt vxor *ad diuisionem cum fisco* prouocare et ita ex hoc naufragio partem sibi debitam seruare queat. Proinde liberis existentibus vxor innocens *tertiam* capit, reliquas duas partes fiscus, quas pater liberis detulisset successione, qua per indirectum priuantur: vno vero filio vel filia existente, dimidiam vxor sibi vindicat per *art. 6. P. III. tit. III.* quam etiam capit, si matrimonium *improle* fuerit per *art. 8. cit. l.* Quamuis enim in *cit. art. 8.* dicatur: **daß anfänglich** i. e. ante diuisionem, **alle Schulden gerechnet und von dem sammenden Guth** et paulo post **von dem vollen gemeinen Guth abgezogen werden sollen**; id tamen ad casum *confiscationis* applicari nequit, multo minus ita intelligi, vt fisco ante omnia satisfaciendum sit. Quin potius hic marito delinquenti succedit, et eius portionem ex bonis his connubialibus occupat. Conf. CARPZOV *P. III. C. XX. def. 23.* CHRISTINAEVS *ad LL. Mechlin. tit. 9. art. 2. n. 22.* MEVIVS *lib. 1. tit. V. art. 7. n. 40. sqq.*

quo casu vxor ad diuisionem cum fisco prouocare potest.

§. XXXVII.

§. XXXVII. Sed reuertor ad æs alienum *constante coniugio* factum, quo simul vxoris bona illigantur *moto concursu*. Quorsum non tantum refero, quæ demum nouiter constante connubio facta, sed etiam illa, quæ ante matrimonium quidem contracta, post initas vero nuptias *nouata*, vel soluta sunt ex nouo ære alieno tempore connubii contracto. Solet tamen vtplurimum hæc exceptio ab vxoribus, moto concursu, moueri, vt ex *rationibus decidendi* sequentibus in causa debitoris Pamphili et vxoris eius, de quo supra iam mentio facta est, suppeditatis, liquet: Ob es wohl scheinen möchte, so viel die impetrantin betrifft, daß selbige aus dem Concurs billig zu lassen, und sie das ihrige iure separationis vorher wegzunehmen, immassen Bekl. ihr Ehemann theils schon ehe er selbige geheyrathet, in solchen Schulden gestecket, theils auch constante matrimonio solche nur nouirt, und mit denen neuen die alten debita bezahlet, mithin es eben so viel sey, als ob solche bereits ante matrimonium contractum von ihm gemachet worden, folglich dasjenige, was dieserhalb aus denen Statutis wieder sie angeführet werden wollen, bey diesen Umständen gar nicht hieher zu appliciren; nechst dem derselben nicht weniger zu statten komme, daß ihres Mannes eigene Mutter sich selbsten vor ihm zu einer Selbst-Schuldnerin eingesetzet, folglich auch dieselbe allenfals zuerst excutiret werden müste, überdem dergleichen statuta, so wieder das allgemeine Recht abgefasset, stricte zu interpretiren, dannenhero auch nur auf der Frauen dotem, als wovon solche eigentlich handelten, zu restringiren, danebenst aber auch von Seiten der Creditorum und Curatoris bonorum angeführet werden will, daß sothanes ius statutarium hierunter keinen Unterscheid mache, sondern von der Frauen Güther in genere disponire, mithin dieserhalb keine Ausflucht dawieder zu suchen,

Debita matrimonialia.

etiam nouata

suchen, diesemnach auch nicht abzusehen, aus was Ursachen mit der distraction und subhastation der impetrantin Vermögen länger anzustehen. Dieweil aber dennoch anfangs, denen dasigen Statuten nach, der Frauen Habe und eingebrachtes für die Schulden, so ein Ehemann währenden Ehestandes contrahirt, denen Creditoribus nach denen in den actis allegirten und von impetranten an sich nicht geläugneten Stellen und befindlichen extracten ohnstreitig hafften, und dieses ohne Zweifel mit dem Grund, der fast in gantz Teutschland obtinirenden communione bonorum inter coniuges überein kömmt;

WESEL *de communione bonorum connubialium C. 3.*

Mithin auch dieserhalb ein Theil für den andern zu bezahlen sich keinesweges entbrechen mag, zugeschweigen, daß sich impetrantin für ihren Ehemann in verschiedenen Posten verbürget, welches iure Hamburgensi *P. II. tit. VI. §. 2.* mit Bestand geschehen mag; hiernächst aber daß der impetrantin Ehemann sothane Schulden noch ehe sie denselben geheyrathet, contrahiret, oder solche in währenden Ehestande nur nouirt, und erneuert, solches annoch unerwiesen, und res altioris indaginis ist, in der That auch impetranten wenig zu statten kommen würde; allenfals aber derselbigen bey dem concurs ihre Nothdurfft so wohl gegen die sämtlichen Creditores als ihres Mannes Mutter und constituirte Selbst-Schuldnerin gehörig auszuführen unbenommen rc. Palam est, vxoris exceptiones magis improbatas quam probatas fuisse, licet vlteriori discussioni adhuc relictæ fuerint. Quamvis enim origo debiti inspici debeat, certum tamen est, per *nouationem* tolli prius debitum, et nouum in eius surrogari locum, adeoque merito debitum pro eo habendum, quod *constante matrimonio* factum est, si *nouatio* hoc tempore

facta.

facta. Solent enim creditores intuitu matrimonii, cum bene peculata contracti, eo magis fidem debitori suo habere, et ita cum eo contrahere, qui eiusmodi friuolis allegationibus decipi non debent, nisi forsan casus probari potest, qui ex *art. XI. P. II. tit. V.* supra explicatus est. Multo minus vxor declinare potest illud æs alienum, quod nouiter constante matrimonio contractum, licet ex eo antiqua debita soluta fuerint, cum nullo modo dici possit, hoc in eius locum surrogatum fuisse, nisi forsan nouus creditor *immediate* antiquo soluerit, et *iura cessa* ab eo acceperit, quo hoc modo prior obligatio in suo statu permaneat, et in alterum tantum per *cessionem* transferatur.

vel ex nouo credito as alienum antiquum solutum.

§. XXXVIII. Aliud dicendum videtur de debitis ante coniugium contractis *in diem* vel *sub conditione*, quorum *dies* demum durante coniugio venit, vel *conditio* exstitit. Dies enim obligationem non suspendit, sed *statim cedit*, et tempus soluendi tantum differtur, adeoque debitum *tempore coniugii* iam natum erat; *§. 2. I. de verb. oblig.* conditio vero existens retrotrahitur ad tempus promissionis, *l. 11. §. 2. qui pot. in pign. hab. l. 16. de solut. l. 78. de V. O.* ac ea propter credendum est, ab initio iam debitum exstitisse et reuera pure contractum fuisse. Solet tamen excipi talis conditio, quæ a libero debitoris arbitrio dependet, vt si maritus pretium ante matrimonium promiserit, *si intra tres menses eidem placuerit res emta*, et interim, contracto coniugio, emtio approbata fuerit, quia tunc demum reuera sese obligare voluit, quo approbat præcedentem contractum, quem pro lubitu improbare poterat.

Quid si dies venerit vel conditio exstiterit nuptiis secutis.

§. XXXIX. Denique non distinguit *statutum Hamburgense* debita contracta, sed generatim pro illis omnia bona illi-

Non distinguitur, virum

debitum sit sociale an non sociale. illigat. LAVTERBACHIVS *in diss. de ære alieno in societ. coniug. contr. soluendo c. III.* secundum *ius Würtenberg.* et aliorum locorum, quibus *acquæstus coniugalis* tantum communis est, distinguit inter æs alienum *sociale* et *non sociale*, et illud inde æstimandum esse iudicat, quod huius *societatis gratia* contractum sit; illud vero esse dicat, quod principaliter non in societatis vtilitatem nec ob aliquod societatis onus est contractum, vt §. 40. plenius declarat, et variis exemplis illustrat. Meum iam non est, omnes has conclusiones sub incudem reuocare, quæ vtplurimum tractæ et deductæ sunt ex eo fonte, quod crediderit, societatem coniugalem non differre ab ea societate, quæ *negotiationis causa* per contractum initur, vt iam aliquoties innui, vnde etiam *in prooemio* afferit, se hanc materiam *secundum vera legum Romanarum fundamenta (sine quibus posteriora et noua vix recte percipiuntur;) et nouiter constituta (sine quibus illa hic parum proficiunt) examinare velle.* Hoc vero ipso quid aliud indigitat, quam se vtrumque ius et *Romanum* et *statutarium* in vnum chaos coniecturum, et ex vtroque decisiones formaturum, cum tamen statuta proprie ex suo *fonte proprio* explicanda fuissent. In eo tamen excusandus quodammodo LAVTERBACHIVS, quod cum talia statuta explicauerit, quæ iam iuris Romani principiis infecta erant, non potuerit in totum hæc euitare, modo in his non adeo nimius fuisset, et, quantum fieri potuisset, rem ad pristinam integritatem reduxisset. Enim vero his dubiis, quæ ex ea distinctione emergunt, supersedere possumus in iure Hamburgensi, quod debita cuiuscunque generis constante connubio contracta, ex omnibus bonis soluenda esse iubet, vnde hanc distinctionem hic merito repudiamus. De *debitis funebribus* forsan dubi-*de debitis funebribus* tari posset, an huc referri debeant? Salaria quidem medicorum

rum ante mortem iam debita ſunt; aſt funeris impenſæ cum acceſſoriis plus ambiguitatis habent, vt docet WESEL *cit. l. tr. II. c. III. n. 80. ſqq.* Qui cum eo ex *iure ciuili* philoſophantur, ſtatuunt, hæc debita ſocietati non eſſe imputanda, ſed ab heredibus ſoluenda. *l. 27. de relig. et ſumt. fun.* Enimvero talem ſocietatem, qualem *ius ciuile* intelligit, in connubio non agnoſcit *Statutum Hamburgenſe*, ſed quæuis debita ex bonis ſoluenda eſſe decernit. Illud vnice ergo in quæſtione eſt, vtrum tale debitum pro eo adhuc haberi debeat, quod *conſtante matrimonio* factum? quod aſſerendum credo, quia intuitu defuncti, qui ex *bonis communibus* ſepeliendus, non tantum factum, ſed etiam vxor hic *principaliter* contraxit, adeoque magis ex *ſuo*, quam *mariti* debito obligatur.

ob debita ante nuptias contracta vxor moto concurſu non tenetur ſed exſtantia vindicat.

§. XL. Denique ſi contingat, pleraque debita, quibus concurſus excitatus eſt, adhuc *ante nuptias* facta fuiſſe, quibus ſoluendis vxoris bona non illigantur, adeoque hæc ad ſeparationem *illatorum* prouocat, hoc modo procedendum eſſe arbitror iuxta *ſtatuti* noſtri diſpoſitionem. Primo bona, quæ adhuc exſtant recte ſibi vindicat, et ex hoc incendio ſervat (quamuis etiam ex his debita mariti *matrimonialia* ſoluere cogatur). Secundo, quod *conſumta* concernit, vtpote ſi potior illatorum pars in *pecunia* conſtiterit, diſtinguo, vtrum doti quædam deſtinauerit, nec ne? Priori caſu cetera bona, quæ *extra dotem* acquiſiuit, *paraphernalium* iure cenſentur, quæ tamen *prioritatem* nullam habent, CARPZOV *P. I. c. 18. def. 86.* adeoque *creditores hypothecarii*, ante matrimonium tales iam facti, merito eidem præferuntur. Quoad *dotalia* vix eſt, vt vxori præ his creditoribus prærogatiua aliqua concedi queat. Quodſi ex *l. 12. C. qui pot. in pign. ha-*

Quoad paraphernalia creditoribus anterioribus non præfertur

1. et quoad dotem

bent. causa hæc decidenda foret, vxor omnibus his creditoribus anteponenda esset, quia *cit. l. §. 1.* generatim vxoribus potiora iura, *contra omnes mariti creditores, licet anteriores sint temporis priuilegio vallati*, concessa sunt, nec distinguitur inter hypothecas *expressas* et *tacitas*, vt his anterioribus demum præferatur, non illis, quo iure indistincte etiam in Marchia vtuntur teste BRVNNEMANNO *ad cit. l. 12. n. 19.* Alia interpretatio paulo strictior placuit ICtis Saxonicis, obseruante CARPZOVIO *P. I. C. 28. def. 65.* opinantibus, vxorem ratione *dotis* tantum anterioribus creditoribus, *tacita hypotheca* gaudentibus, præferendam, anteriorem expressam habentibus postponendam esse. Hanc interpretationem receperunt maiores nostri, sensum *iuris Romani* his verbis exprimentes: **Wiewohl nach gemeinen beschriebenen Käyserl. Rechten, die Ehefrau ihres eingebrachten Brautschatzes wegen und daher rührenden stillschweigenden Verpfändung in ihres Mannes Güthern vor allen andern Creditoren, ob die gleich ältere stillschweigende Verpfändung hätten, vorgezogen werden.** Hac posita et authentice approbata interpretatione, vxor in dote consumta non potest præferri creditoribus, qui ante matrimonium iam *hypothecam expressam* in bonis mariti impetrarunt.

Pactis dotalibus communio tolli potest.

§. XLI. Atque hæc ita obtinent, si in *communione bonorum* coniuges substiterunt. Permissum enim illis est, per *pacta dotalia* ab illa recedere, quod tum factum censetur, si de illatis restituendis cum *donatione propter nuptias*, secundum iuris Romani tramitem prospectum est vxori, quo facto iuxta ius commune in *communionem æris alieni* haud venit, sed moto concursu suum ex naufragio seruat, quantum fieri potest. Extra concursum vero, decedente marito, secundum

cundum *pacta dotalia* proceditur, nec ad *statutariam diuisionem* amplius prouocare illi integrum est, vt dicitur *P. II. tit. XI. art. XI.* und ist damit der Wittwe die Wahl zu dem Stadt-Rechte oder zu den Ehezärtern sich zu ziehen hiemit benommen, sondern muß dieselbe die Ehezärter folgen. Sicuti itaque hæc pacta ex iure Romano interpretanda sunt; ita statuti nostri scita vnice ex *iure Germanico* explicanda. *Qui contra scholastice disputat*, ait COTHMANNVS *Vol. 2. cons. 78. n. 176. illi ignoscendum et condolendum, quod, quæ quotidiana sunt, non didicerit, et ius, in quo versamur, ignoret.*

EXERCITATIO LXXI.

AD PAND. LIB. XXIII. TIT. IV. DE SVCCESSIONE HEREDITARIA CONIVGVM EX PACTIS DOTALIBVS.

CAP. I. DE DIVERSA IVRIS ROMANI ET GERMANICI SENTENTIA CIRCA SVCCESSIONEM CONIVGVM EX PACTIS DOTALIBVS.

ARGVMENTVM.

I. II. Argumenti ratio. III. Discrimen pactorum dotalium secundum ius Rom. et Germ. IV. Pacta successoria iure Rom. nulla et inualida, V. non minus ac pacta coniugum successoria. VI. Sententia iuris Germ. de

de vi pactorum successoriorum, VII, inprimis inter coniuges. VIII. Recensus legum Germanicarum. IX. X. Sententiae ICtorum de eorum efficacia hodierna. XI. Dissentientium confutatio. XII. Exempla pactorum successoriorum illustrium. XIII. Exemplum a successione feudali pactitia, XIV. et a simultanea inuestitura petitum.

§. I.

Introitus. Qualibet instituta humana ex *originibus* suis optime dignosci posse, vt, euoluto prius fonte, ex quo promanarint, natura eorundem eo facilius cognita haberi, limatumque de iuribus, naturae rei conuenientibus, iudicium postea ferri queat, nemo erit, qui in dubium vnquam vocauerit; contra eandem vero in *applicatione* nihilominus quam saepissime impingi, demonstratione nulla indiget, et quotidiana docet experientia, quod plerique vel institutorum singulis gentibus propriorum rationes peculiares insuper habuerint; vel ea ex *fontibus alienis* eruerint; vel denique *contradictoria principia* combinare ex praeconcepta quadam opinione studuerint. Vnde mirandum non est, illos, qui neglectis his regulis, de rationibus peculiaribus, cuique negotio attribuendis, ex fontibus ei haud conuenientibus iudicarunt, in crassos saepius prolapsos fuisse errores, in quos nunquam forsan incidissent, si monitum hocce sedulo et penitius obseruassent, et, natura rei propria perspecta, iura eidem vnice conuenientia prudentissime applicassent.

Progressus ad praesens argumentum. §. II. Assertionem hanc optime illustrat doctrina communis interpretum in argumento *pactorum dotalium de futura*

ra coniugum successione vniuersali disponentium, quæ, licet originetenus ex *iure Germanico* vnice sint deriuanda, eiusdemque purum putumque sint institutum, interpretes tamen ex *iure Romano*, et sic ex *fonte plane peregrino* et hisce prorsus *inimico*, interpretati sunt, rationesque *iuris Romani* ad eadem obtorto collo et inuita *iuris patrii* prudentia traxerunt, existimantes, iura Romana vnicam quorumcunque negotiorum priuatorum esse normam et regulam, vt omnia, quæ non lege quadam scripta vel saltim ratione iuris Romani munita sint, pro inualidis ipsoque iure nullis et minus recte demonstratis haberi debeant. Quam vero inconcinnum sit, *instituta iuris Germanici* ex *iuribus Romanis*, huic prorsus aduersantibus, interpretari, eademque rationibus iurisprudentiæ Romanæ vallare, cuilibet in oculos incurrit, perpendenti, iura, diuersa principia sibique e diametro contraria fouentia, probe separanda, nec argumenta ab vno ad alterum esse subducenda, nisi quis magis autoritates ICtorum sine iudicio sequi, quam veritatem, de qua per argumenta sufficientia rectæ rationi conformia conuictus est, suam facere amauerit. Quia vero interpretes plerique in explicandis hisce *pactis successoriis* rationes iuris Romani vnice adducunt, cum tamen ob adductam rationem ex *iuris Germanici*, cui debentur, principiis, i[illegible] eorundem vnice eruenda sint, ansam hoc præbuit, vt thema hocce elaborandum eligerem, veritatemque asserti idoneis argumentis adstruerem. Hoc autem rectius fieri non posse autumo, quam si 1) sententiam iurium Romanorum de *pactis dotalibus successoriis*: 2) Germanicorum prioribus e diametro contrariam, hoc capite adducam, nec non efficaciam, naturam et peculiares rationes pactorum dotalium vel coniugalium successoriorum ex *iure Germanico* adstruam, simulque hoc negotium, qua- *Methodus tractandi.*

tenus inter Germanos vſitatum fuerit, a pactis inter Romanos *de dote* iniri ſolitis diſtinguam: modum ipſum, quomodo valere debeant, capite inſequente oſtenſurus. Faxit Deus feliciter!

Pactorum dotalium ſtatus de iure Romano

§. III. Antequam ſententiam iurium Romanorum de hiſce pactis referam, ante omnia definitio eorundem erit præmittenda, vt, natura *horum pactorum* in vtroque foro vſitatorum prius perſpecta, de iuribus naturæ rei conuenientibus eo facilius poſtea iudicari queat. De IVRE ROMANO pactis dotalibus *dos*, quæ marito adferebatur, pro oneribus matrimonii ferendis, *l. 76. de iur. dot.*, determinabatur, cum *donatione propter nuptias* in ſecuritatem dotis data, vt conſtat ex *tit. de pact. dotal. et de donat. propter nupt.* cui quandoque *pactum de lucrando* in caſibus iure permiſſis adiiciebatur. Hoc facto ſi maritus *dotem* vel vxor ſuperſtes *donationem propter nuptias* lucrabatur, ex titulo *ſingulari* et quidem *inter viuos* illam acquirebat, non vero alter alteri *hereditario iure* ſuccedebat, quod ex *pactis dotalibus* fieri non poterat, ſed demum ex *teſtamento* vel *lege* dependebat. Atque ita generatim comparata erant *pacta dotalia Romana*. Germani coniuges ab antiquo quoque inter ſe vel *ab initio* vel ex *poſtfacto* de *conditionibus futuri matrimonii* pacta inire ſolebant, præſertim in hunc caſum, ſi *matrimonium improle* erat, quod pactum olim *donatio inter coniuges* apud MARCVLFVM *lib. II. form. 7. libellus dotis*, appellatione ex moribus Romanis tracta, in *append. Marculfi form. 37.* apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 455.* rectius vero *pactum matrimoniale*, Ehezärter, Ehe-Pacta, vocarunt, quod in iis potiſſimum tum *futuræ ſucceſſionis*, tum *dotalitii*, et *communis acquæſtus* ratio haberetur, eaque omnia in quemcunque caſum

a iure Germanico diverſus.

ſedulo

ſedulo determinarentur. Sequiori ætate et recepto *iure Romano* hæc pacta inter coniuges, ſiue ſuper *dote* ſiue ſuper aliis conditionibus, veluti ſuper *futura ſucceſſione* concipiantur, *more Romano* dicta ſunt *dotalia*, quo recepto vſu loquendi etiam in diſputatione præſenti vſus ſum. Quamuis vero varia poſſint eſſe *pacta inter coniuges*, pro *diuerſitate obiecti* et *caſuum contingentium*, hic tamen vnice ſollicitus ero de illis inter coniuges pactis, quæ, de *futura ſucceſſione hereditaria* in caſum deficientium liberorum, in quem vtplurimum concipiuntur, concepta ſunt. Sunt vero hæc ipſa nihil aliud, quam *conuentiones de futura ſucceſſione hereditaria inter coniuges initæ, vt, in caſu liberorum ex matrimonio non extantium*, (in quem vtplurimum concipi ſolent) *ſuperſtes prædefuncto vel in omnibus vel certa ſaltim bonorum quota vel parte hereditario iure ſuccedat*. Liquet ex data definitione, conuentiones haſce nihil aliud eſſe, quam *pacta ſucceſſoria* vtplurimum *conditionata;* liberis itaque ex matrimonio prognatis et conditione adiecta hoc modo deficiente, eadem corruere debere, ex natura conditionum ſua ſponte ſequitur, vt oſtendit B. STRYK. *in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 8. cap. 5. §. 42.* Ceterum ſingula definitionis membra ſpeciatim percurrere et explicare fruſtraneum duco, dum requiſita *pactorum* ſiue *conuentionum* communia, hiſce pactis æque applicanda, vbique occurrant, quæ hic ſuppono; cetera, quæ ad ſpecialem formam eorum deſiderantur, et ex *iure Romano* huc vulgo trahuntur, *cap. ſeq.* expoſiturus; et quemadmodum horum pactorum requiſita tanquam pactis in genere communia præſuppoſui, ita non minus, quid circa *perſonas paciſcentes* eorumque habilitatem iuris ſit, iam latius adductum eſt a B. STRYK. *cit. loc. §. 12. et 14.* et ſic ex EODEM huc transſcribere ſuperſedeo. Id duntaxat binis verbis

Definitio pactorum inter coniuges de futura ſucceſſione.

Latiſſimus horum pactorum ambitus.

bis obseruo, quamuis hæc *pacta successoria* inter coniuges plerumque ad casum *improlis matrimonii* restringi soleant: nihil tamen impedire, quo minus etiam, *extantibus liberis*, quandoque fieri possint, sicuti quandoque non extantibus liberis otiosa sunt. Posterius contingit, si in defectu liberorum coniux superstes *ex statuto*, quo ius patrium Germaniæ adhuc conseruatum, omnium bonorum heres est, vel potius ex *omnimoda communione* eadem retinet; quod enim ius iam aliunde ex *iure patrio* superstiti competit, id per *pactum*, si confirmatur, id vnice tantum repetitur, quod per se iam ex *statuto* iuris est, de qua successione agit Dn. de LVDEWIG in *opusc. miscell. tom. II. lib. IV. opusc. V. p. 1301. sqq.* Enimuero si ex statuto tantum *pars bonorum* superstiti debetur, vt in Marchia *dimidia communium bonorum*, pactis successoriis, in casu *improlis matrimonii* ei prospiciendum, vt vniuersorum bonorum heres fiat; quod etiam dicendum de iis locis, in quibus coniugibus successio nulla, nisi ex *iure Romano*, competit, quo casu rursus superstiti prospici potest vtroque casu, tam *existentium*, quam *non existentium liberorum*, veluti vt cum liberis æqualiter in bona defuncti succedat. Atque ita in casu *existentium liberorum* pacti successorii inter coniuges potest esse vtilitas. His præmissis ad ipsam rem propero.

Sententia iuris Romani de nullitate pactorum successoriorum.

§. IV. Pacta *successoria* iure Romano fuisse prohibita, ipsoque iure nulla, tam ex iure *Pandectarum*, quam nouiori *Codicis* apparet, vt docent præter multas alias *l. 19. l. fin. Cod. de pact. l. 3. §. 2. D. pro soc.* vt, licet non de *tota* vel *quota hereditatis* ineantur, sed certæ solummodo res et bona particularia in stipulationem hoc modo, vt in iis *iure hereditario* succedatur, deducantur, hæcce pacta nihilominus inualida

inualida et nulla ſint ex mente IO. TORRE *de pact. fut. ſucceſſ. lib. I. cap. 6. num. 1. ſqq.* CHRISTINAEI *lib. 3. dec. 135. n. 4.* Quamuis vero *pacta* quædam *ſucceſſoria* admiſerint Romani, præſertim inter *milites*, inter quos ſolius voluntatis ratio habenda erat *l. 19. C. de pactis;* hæc tamen non ad *regulam*, ſed *exceptiones*, a regula deuiantes, ſunt referenda cogitandumque, nullam regulam tam firmam eſſe, quæ non admittat exceptionem, regulam in caſu non excepto firmantem, vnde poſtea interpretes varias pactorum ſucceſſoriorum diuiſiones formarunt, adductas a B. STRYK *in tr. de S. A. I. diſſ. 8. cap. 1. §. fin.* in eo per *errorem* ſubſiſtentes principio, etiam *hodie regulariter* hæcce pacta eſſe prohibita; permiſſa autem in caſibus exceptis, ad certos caſus tantum reſtringenda, non extendenda, amplianda et multiplicanda, prout natura *exceptionis* poſtulat. Id quod ſi de *foro Romano* in *republica antiqua Romana* intellexeris, ſatis expeditum et fundatum eſt; ſi de *foris Germanicis* in republica noſtra idem dixeris, nihil falſius nihilque iuri patrio indecentius fingi ſtatuique poteſt, vt infra dicam. Sed iam quidem mihi ita agendum eſt, ac ſi in *republica Romuli* conſtituto inter veteres Quirites ius dicendum eſſet, quibus hæc pacta inuida et maxime odioſa erant. Rationes vero, cur iura Romana hæcce pacta improbarent, potiſſimæ erant ſequentes: 1) quod eſſent contra *bonos mores* et *ius gentium* ſeu *rationem gentium*, a quibus ſucceſſiones per *legem* determinabantur, et transferebantur, quam Romani in mores ſuos non ſine ratione transtulerunt: *l. 29. §. f. D. de donat.* 2) quod votum captandæ mortis continerent, ſi *ius hereditarium* certum et irreuocabile per pacta transferrent in alterum: *l. vlt. C. de pact.* 3) quod liberam teſtamentorum factionem impedirent, quatenus hæc ſimul in republica Romana inua-

Rationes eius variæ.

luerant, adeo libera, vt hoc modo constringi non possent: *l. 52. §. 9. D. pro soc.* et *l. 15. C. de pact.* 4) quod duo, bona post mortem suam in alium iure hereditario transferendi, modi in iure tantummodo deprehendantur, *testamentum* scilicet et *lex arg. l. 130. D. de V. S. et l. 5. C. de pact. conu. tam super dot.* 5) Denique quod successio esset *iuris publici* ex *lege publica* adornata, quam *pactis priuatorum* immutare eisque hanc subiicere non permissum censeretur. *l. 38. ff. de pact.* Notum enim est ex antiquitatibus Romanis, testamenta (exceptis iis, quæ *in procinctu* fiebant) ab initio in *comitiis* per *modum legis* seu *decreti comitialis* ex autoritate reipublicæ condita, adeoque successionem per hoc testamentum tanquam *legem comitialem populi R.* alicui delatam fuisse, et ita hanc nouam succedendi constitutionem non a libero testatoris arbitrio, sed a *consensu* et *approbatione populi R.* dependisse, vt, si suam autoritatem voluntati testatoris accommodabat, dispositio hæc valeret; sin minus, nihil actum censeretur. Vti enim populus solenni formula rogabatur: *velitis, iubeatis Quirites etc.* ita in suffragia quoque super hac dispositione, qua a successione *lege* data recedebatur, eundum erat, quæ libera et nulli necessitati consentiendi subiecta, vt præclare docet B. THOMAS. *de primis init. success. testam. apud Rom. §. 9. sqq.* Hoc posito dicendum, etiam hanc successionem, *iussu populi R.* constitutam, fuisse suo modo *legitimam*, et testamenta inde dicta *iuris publici*, vt calculo suo firmat BYNCKERSHOEK *lib. II. obs. 2.* cum HEINECCIO in *antiq. Rom. lib. 2. tit. 10. §. 2.* Ratio enim iuris postulabat, ne ius succedendi, *lege publica* determinatum et constitutum, *priuatorum* libero arbitrio subiiceretur, quia tantum *ius ciuile* heredes faciebat, et ne quidem prætoribus id permissum esse credebatur. *pr. I. de B. possess.* Quam-

Præsertim quod lege publica deferatur successio, non nisi publica autoritate immutanda.

Quamuis vero ciuibus Rom. postea occasione *LL. XII. Tabb.* et earum *interpretationis forensis* vltra modum extensæ, teste POMPONIO in *l. 120. de V. S.* latissima disponendi vltima voluntate facultas fuisse attributa videatur; regula tamen antiqua et iuris ratio prisca: *successionem legitimam non nisi alia noua lege publica mutari posse*, adhuc superesset, ad analogiam iuris huius seruandam a ICtis, (a quibus plura *contra rationem iuris* per indirectum innouata,) alius excogitatus est color, ac testamenta per *æs et libram* singulari fuco inuenta, *§. 2. I. de testam. ord.* quibus fingebant, *bona vniuersa* seu *familiam* non tam per vltimam voluntatem, quam per *actum inter viuos*, h. e. *venditionem* et *mancipationem* in emtorem transferri, quod *propitio iure* fieri poterat. *l. 37. §. 3. de leg. 3.* Inde vero prono alueo fluebat: *Pactis priuatorum directo hereditatem post mortem dari et ius successionis nouum constitui non posse*, vtpote cui ius succedendi a *lege* vnice dependens non subesset. Quamuis enim *venditione imaginaria* id agi videretur, vt per hunc contractum *ius succedendi* constitueretur: id tamen vel ideo negabant interpretes antiqui, partim quod negotium per *mancipationem*, adhibitis quinque testibus, libripende et familiæ emtore, perageretur, et *inter viuos* dominium *familiæ* in alterum transferri videretur, (qualis *alienatio* iure permissa erat) non vero externa rerum facie de *iure hereditario* seu *successione* constituenda post mortem ageretur, sed vnice virtute *mancipationis* actus subsisteret; partim vero quod *familiæ emtor* nihil iuris ex hoc negotio acquireret, quod *imaginarium*, et ipse emtor ab *herede* adhuc diuersus esset, tertio vero ius quoddam acquiri non posset. Sub vmbra ergo huius negotii solennis heres quidem futurus occulte designabatur; ast cum eo minime contrahebatur de *futura successione*, nec negotium

Non pactis, quod ne quidem fiebat in testamento per æs et libram.

gotium gerebatur, adeo vt inter quinque testes etiam esse potuerit, *§. 10. I. de testam.* adeoque ne hoc quidem modo *pacto* vel *contractu* deferebatur hereditas. Plures adhuc rationes adduxit iamque adductas latius explicauit ex professo de hac materia agens IO. TORRE *de pact. fut. success. lib. 1. cap. 1. num. 18. sqq. et cap. 3. n. 1. sqq.* quæ tamen parum adæquatæ videntur.

Idem constitutum de pactis coniugum successoriis.

§. V. Hæ rationes iuris Romani de pactis successoriis *in genere* vel ideo adducendæ fuerunt, vt de iuribus *pactorum dotalium successoriorum* ex principiis iuris Romani, omnem successionem pactitiam improbantibus, eo facilius iudicari queat. Cum itaque *§. præced.* ostensum fuerit, pactis hereditatem de iure Romano non dari, et ne quidem *fucum*, quem in testamentis per *æs et libram* occultabant, huc pertinere, aut inde inferri posse, per *contractum* hereditatem translatam fuisse; dubium non est, easdem rationes, quæ pactis hisce in genere successionis immutationem non subiiciunt, pactis quoque dotalibus *successoriis* obstare, hæcque æque ac priora, cuius sunt species quædam, iure Romano frustratoria et nulla fuisse. Incongruum enim videbatur, per *pactum* successionem nouam introducere, cum ne quidem *pacta nuda* valerent, et, si stipulatione vallata essent, ideo repudiarentur, quod *successionis futuræ ratio* contractibus proprie dictis haud subiicienda, sed more recepto constituenda esset. Equidem permissum erat, etiam partem facultatum suarum maximam, vel *vniuersa* etiam *bona* post mortem suam per *stipulationem* alicui promittere vel *inter viuos* donare; *l. 37. §. 3. de leg. 3. §. 12. I. de inutil. stipul.* non tamen ea stipulatione donatarius *heres* fiebat, sed *titulo singulari* nihilominus bona possidebat, et ab *heredibus ab intestato* conveniri poterat, *cit. l. 37.* imo nec hoc ipso permissum erat, *here-*

hereditatem suam, et *vniuersum ius succedendi* post mortem suam, per stipulationem alteri promittere, vt ne quidem coniuges inter se hoc modo contrahere possent. Praeterea cauendum erat, ne ex tali *pacto dotali*, in quo de *futura coniugum successione* actum erat, spes lucri, ex morte coniugis praedefuncti sperati, insidiis vitae alterius struendis, occasio praeberetur. Inde imperatores speciatim his pactis successoriis, instrumentis dotalibus insertis, omnem effectum et vim obligandi denegarunt in *l. 15. C. de pact. et l. 5. C. de pact. conuent. tam. sup. dot. quam donat.* In citato enim *l. 5.* talis casus imperatoribus DIOCLET. et MAXIM. proponebatur, vbi maritus ex *pactis dotalibus* contra heredes ab intestato vxoris post mortem eiusdem agebat, atque successionem in bona pactis dotalibus sibi assignata petebat, imperatores vero a limine iudicii eundem repellendum censuerunt sequentem in modum respondendo: *Hereditas extraneis* (qui non sunt in numero legitimorum heredum) *testamento datur. Cum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, vt post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis, nulla te actione posse conuenire heredes seu successores eius, vt tibi restituantur, quae nullo modo debentur.* Ex his, vt puto, satis luculenter apparet, pacta dotalia successoria, aeque vt alia de successione inter *extraneos* inita, de *iure Romano* fuisse prohibita et nulla, vt ex iisdem agenti remedia iuris denegata fuerint, ceu plenius docet IO. TORRE de *pact. fut. success. cit. loc. cap. 7. n. 49. et cap. 13. n. 23.* Notanter vero praemiserunt imperatores, *extraneis hereditatem tantum testamento dari*, vt indigitarent, causam successionis non fuisse apud Romanos tale negotium, quod subiectum esset priuatorum conuentionibus, sed eam *publica solennitate et ritu forensi*

Quod declaratur ex l. 5. C. de pact. conuentis.

renſi conſueto immutandam, quod hoc modo *publica auctoritas* huic immutatæ ſucceſſioni tributa eſſet. Vnde quoque in *l. 15. C. de pact.* imperatores ita conſtituerunt: *Pactum, quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt, ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre heres patris ſui eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Pariter nec valebat pactum dotali inſtrumento inſertum, quo filia a paternis bonis poſt mortem excludebatur, quod ſicuti pactis non daretur, ita nec adimi poſſet hereditas. *l. 3. C. de collat. l. f. D. de ſuis et legit.* Addit PAPINIANVS in *cit. l. f.* hanc rationem: *priuatorum enim cautionem* (conuentionem) *legum autoritate non cenſeri*, hoc eſt, non annumerari: *autoritate legum* tantum heredes conſtitui, et ſucceſſores a bonis repelli: in harum cenſum autem non venire *pacta*, nec iis ſubiiciendam viam ſuccedendi, ſola *autoritate legum* et quod eius vicem tenet, regendam.

et l. 15. C. de pact.

l. 3. C. de collat. l. fin. de ſuis.

§. VI. Exhibitis hucusque iurium Romanorum ſcitis tam de pactis ſucceſſoriis in *genere*, quam in *ſpecie* de pactis dotalibus ſucceſſoriis, ad *iura Germanica* tranſeo, et in ſqq. hoc ordine vtar, vt non ſolum ex ipſis *legibus Germanicis*, ſed et præterea probatorum ICtorum ſententiis efficaciam horum pactorum contra iuris Romani peculiares rationes defendam, denique oſtendam, efficaciam, hiſce pactis ex *legibus Germanicis* aſſertam, per receptionem iuris Romani in Germania, ademtam non fuiſſe. Initium itaque fiat a ſententia iurium Germanicorum in hac materia, quæ principia iuri Romano e diametro contraria continent, fouent, tuentur. In genere TACITVS de *moribus Germ. cap. 20.* teſtatur, vſum teſtamentorum illis ignotum fuiſſe: *heredes tamen*

Germani talia pacta admiſerunt.

ſancte ſeruata teſte Tacito.

men successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum, quo ipso ostendit, successionem *legitimam* illis vnice in vsu, neque de hac immutanda adeo cogitatum fuisse, quod curta plerisque esset domi supellex, et luxuria rei Romanæ illis ignota. Si quid beneficii in alium transferre vellent, id per *donationem* efficiebant et mutuo consensu firmabant, *sanctissima fide* talia promissa seruantes. Sicuti enim *nulli mortalium* ARMIS *aut* FIDE *ante Germanos* fuerunt, vt est apud TACITVM *lib. 13. annal. c. 54.* ita adeo sanctissime *fidem datam* seruarunt, vt victi in alea, cui libertatis et corporis salus *extremo et nouissimo iactu* exposita esset, voluntariam servitutem adierint ex data FIDE, teste TACITO *de mor. Germ. cap. 24.* Non ergo mirandum, si postea, vbi ad ampliorem fortunam peruenerunt, bonisque abundare cœperunt, etiam eis pactis omnem autoritatem et efficaciam attribuerent, quæ *futuram successionem* tangebant, quod famæ prædefuncti aliquid detractum crederetur, si *fides* ab eo data conuelleretur, sanctissime colenda. Conf. B. STRYK. in *V. M. ff. ad tit. de pact. §. 18. ibique cit.* et SCHILTER in *exercit. ad D. 8. §. 40.* Ratio tamen tum *bonorum*, tum *gentis* et inprimis *liberorum* habebatur, cum non pro lubitu bona gentilitia sine heredum consensu in alios transferre, nec *gentilitia iura* mutare potuerint; nihilominus, accedente eorum consensu, quorum intererat, valebant conuentiones, vi quarum etiam extraneus, amicus, coniux futurus successor designari poterat, et quidem vel *in totum* vel *pro parte.* Ignotæ iis erant rationes ciuiles Romanæ reipublicæ propriæ: id vnice tantum illis agendum, ne his conuentionibus alicui præiudicium fieret, sed eius consensus postularetur: hoc impetrato, nihil impedire poterat, quo minus ratum gratumque esset, quod conuentum erat, quod nihil *simplicius* esset, quam successionem

ex singulari fide Germanis culta.

Rationes diversa Germanorum in pactis successoriis seruandis.

nem futuram conuentione mutua determinare, quam *simplicitatem* Germani potissimum in *fide data* et sanctissime, imo sub metu *infamiæ* colenda, vbique obseruarunt, et ita ea, quæ illis ex iure Romano obstiterunt, repudiarunt, nec in fora sua a leguleiis transferri passi sunt. *Rationes iuris Romani iniqua.* Manifesta enim æquitate destituta esse iuris Romani placita, et ab omni *simplicitate* recedere, adeo notum conclamatumque est, vt ne quidem in vsu forensi Romanorum ad minimum in *oriente* subsistere diu potuerint. *teste Leone in Nou. 15.* Testis est LEO imperator in *Nou. 19.* sententiam *l. 19. C. de pact. communi hominum voluntate* seu *opinione* pro obsoleta dudumque abrogata habitam, a se vero per nouum prorsus decretum sublatam esse, adeo vt pater contra tale pactum, quod in *§. 5. in fin.* adductum est, nihil disponere potuerit, sed id pro irreuocabili habendum esset, quod lex antiqua codicis ab omni æquitate alienissima iudicata. Duo vero inde obseruo: *α*) ex adducta ratione LEONEM imperatorem pactorum determinationi in genere subiecisse *successionem*: *β*) pacta talia retinuisse suam indolem efficaciamque, nec creditum fuisse, hoc ipso pacta in *vltimas voluntates reuocabiles* transmutari, prout hodie vtplurimum per errorem censent. *Denominatio horum pactorum antiqua.* Ceterum Germani talia pacta *traditiones*, *dationes*, *donationes* etc. vocarunt, per quas non semper realis et actualis traditio bonorum fiebat, sed quandoque *simplices* erant *conuentiones*, de bonis suis in alterum post mortem transferendis, obseruante B. STRYK in *tr. de S. A. I. diss. 8. cap. 1. §. 4. n. 1. in fin.* quod illustrant exempla eiusmodi pactorum, in legibus Germanicis et diplomatibus occurrentium, quæ semper *traditionum*, *donationum*, *dationum*, *delegationum* etc. vocabulis insigniuntur. vid. *capit. Reg. Franc. lib. 4. cap. 19. et lib. 6. cap. 207.* MARCVLFVS *form. 152. 155.* Notandum vero, *prædicata* et vocabula,

bula, quæ in *iure Romano* vltimis voluntatibus tribuuntur, in legibus Germanicis ex ſtylo clericali etiam in materia *conventionum* frequentiſſime vſurpari. Nam *teſtamenti* appellationem inſtrumentis donationis, emtionis vel aliorum contractuum aſſignari: vocabulo *hereditatis* generaliter *bona* venire: vocem denique *traditionis* conuentiones in genere denotare, ex ipſis legibus Germanicis probatum dedit B. STRYK *loc. cit. §. 4. n. 4.* quod etiam integer *traditionum Fuldenſium* codex teſtatur.

§. VII. Prout itaque Germani ab omni æuo pactis quibusuis ſeriis et deliberatis et ſic quoque his, in quibus *ſucceſſionis futuræ* ratio habita, vim obligandi ineſſe, contra iuris Romani principia ſtatuerunt; ita inprimis eandem pactis, inter coniuges initis de conditionibus futuris matrimonialibus, ab antiquo tribuerunt, vt exempla eiusmodi pactorum dotalium ſucceſſoriorum, in legibus antiquis, a LINDENBROGIO, HERALDO, BALVZIOque collectis, ad oculum demonſtrant. Quod autem hæcce pacta ſucceſſoria coniugum *dotalia* vocauerint, in cauſa eſt, quod plerumque pactis nuptialibus, denen Ehe-Pacten, inſerantur, quæ pacta ſtylo Romano hodie *dotalia* appellari ſolent, quæ tamen accuratius loquendo *pacta ſucceſſoria inter coniuges* vocanda forent. Cum enim denominatio *dotis* et *pactorum dotalium* ex iure Romano demum ſit depromta, pacta autem hæcce ſucceſſoria inter coniuges inita ei contrarientur, vt patet ex iis, quæ ſupra §. V. adduxi; incongrua appellatio facile induxit interpretes, vt horum pactorum rationes ex *iure Romano* deſumendas et illuſtrandas eſſe, ſibi perſuaſerint, et in infinitos errores inciderint. Sunt vtique pacta talia hodie in plerisque locis a pactis dotalibus Romanorum admodum diverſa.

Validitas pactis ſucceſſoriis inter coniuges ſpeciatim aſſeritur.

Licet dotalia dici ſoleant.

diuersa tamen a pactis dotalibus Romanorum.

versa. Hæc separata et propria singulis coniugibus assignant bona: de iis *dos* marito et vxori *donatio propter nuptias* constituitur. E contrario in Germania communio bonorum ab antiquo inter coniuges viguit, et in multis adhuc hodie locis vel in totum vel pro parte viget, vt solidissime probatum dedit DN. PRAESES in *diss. de æris alien. inter coniug. Hamb. commun.*, inde apparet, ab hac denominatione conceptum iuris Romani inuoluente tutius abstrahendum, eandem vero ex iure Germanico, cui hæc pacta vnice debentur, potius petendam esse. Et licet vocabula *dotis*, *libelli dotis* etiam in ipsis legibus antiquis Germanicis occurrant, id tamen vt plurimum collectori, cui vsus linguæ latinæ cum iuris Romani terminis familiaris erat, est tribuendum, vt ostendit B. STRYK in *discursu præliminari ad V. M. ff. §. 4.* Ne autem a stylo vulgari argumentum contra nostram dissertationem desumatur, hæc præmonere necesse fuit, quamuis nihil impediat, quo minus etiam denominatione vulgari vti liceat, parum de nominibus sollicitis, modo de re ipsa conueniatur.

Pacta successoria probata legibus Ripuariis.

§. VIII. Rudera pactorum nostrorum successoriorum inter coniuges ex ipsis legibus Germanicis, tanquam fontibus suis, nunc eruenda sunt. In *legibus Ripuariis tit. 48.* hæc dispositio occurrit: *Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in præsentia regis siue vir mulieri vel mulier viro seu cuicunque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem, vel in adfatimi* (h. e. donationem, teste LINDENBROGIO in *glossario, collect. legum antiquarum* adiecto, *f. 1348.*, a voce deductum anfaten, anfassen, *accipere*, quæ speciatim *accipere in heredem* designat, vt *adfatimus* sit *in heredem acceptio*, obseruante

te ECCARDO in *not. ad cit. l.) per scripturarum seriem seu per traditionem secundum legem Ripuariam licentiam habeat.* In his verbis luculenter innuitur, in casu liberorum non extantium bona sua vel in scriptis vel simplici traditione (h. e. *conuentione*, vid. §. VI.) in aliquem post mortem transferre licuisse. Eadem dispositio habetur in *legibus Anglionum et Werinorum, tit. 13. libero homini liceat hereditatem suam, cui voluerit*, (et sic quoque vxori suæ) *tradere*. Solam vero conuentionem de bonis post mortem in aliquem transferendis per *traditionem* intelligi, §. VI. supra iam demonstratum est. In *legibus Baiuuariorum tit. 14. cap. 9. n. 3.* ita constitutum legitur: *Si vero maritus, qui nec filios, nec filias, nec nepotes, nec vllum de propinquis habet, sed in vxorem aut testamento* (quæ appellatio etiam conuentiones denotabat) *aut donatione siue partem, siue omnes contulerit facultates etc. omnia, quæ ei a marito sunt donata, possideat, et ea, in quem voluerit, pro suo iure transfundat.* Id ipsum quoque confirmant formulæ publicorum et priuatorum negotiorum solennes a MARCVLFO monacho collectæ, adiectæ *codici legum antiquarum* LINDENBROGII. Etenim in *formula 48.* exemplum huiusmodi pacti sistitur: *Si coniuges aliquid pro amore dilectionis inter se inuicem donare decreuerint, hoc nostra Serenitas in ipsis non renuit confirmare. Igitur venientes ille et illa in palatium nostrum pro eo, quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur, omnes res eorum inter se per manum nostram visi sunt condonasse*, quæ ipsæ res in sequentibus enarrantur. Aliud exemplum talis conuentionis præbet *form. 50.* huius tenoris: *Quisquis de coniugibus pari suo in hoc seculo superstes fuerit, omnes res, quas dedit et quas accepit, in suo iure et denominatione recipere debeat, habeatque tenendi, dandi, vendendi, commutandi, heredibusque suis ad possidendum*

Anglionum et Werinorum.

Baiuuariorum.

in formulis forensibus.

sidendum relinquendi, liberam in omnibus facultatem et potestatem. Ex quibus, vt puto, satis liquet probaturque, per *conuentiones* et *pacta*, nomine *traditionum*, *donationum*, *dationum* etc. in adductis legibus occurrentia, de successione coniugum dispositum, hasque conuentiones validissimas et inconuulsas superstiti post mortem alterius eiusdem bona acquirendi vel retinendi ius tribuisse. Plures eiusmodi conventionum formulas exhibet *form. 75. 76. 77. et 78.*

Consensus interpretum: §. IX. Probata efficacia *pactorum dotalium successoriorum* ex ipsis legibus, sententiam probatorum quorundam ICtorum de hisce pactis subiungam, vt illi, qui autoritatibus Doctorum magis quam ipsis legibus confidunt, de veritate huius doctrinae ex consensu grauissimorum ICtorum convincantur. *Gailii.* Primo loco sententiam GAILII *lib. II. obseru. 126. n. 2. et obs. 117. n. 6.* adducere liceat, sequenti modo rationes subducentis: *Licet pactis hereditas dari non possit; l. vlt. C. de pact. conu. fallit id tamen in pacto mutuo et vicissitudinario, puta, si inter duos conuentum, quod, alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perueniant, tale enim pactum valet. Ratio, quia mutuum et reciprocum est.* Illustrat hoc in sequentibus: *Hinc est, quod donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges valeant, puta, quod, alterutro coniugum mortuo, superstes, liberis non extantibus, defuncto coniugi succedat, sicut quotidie in pactis dotalibus huiusmodi conuentiones fieri consueuerunt, quae de iure validae et firmae sunt per l. 7. §. 1. D. de donat. inter vir. et vx. quod in speciem donationis inter viuos cadant.* Quamuis vero laudatus autor in eo labatur, quod validitatem horum pactorum ex *iure Romano*, more illis temporibus, quibus vixit, consueto, adstruat, et a *mutua donatione* ad pacta inter coniu-

ges

ges successoria minus recte argumentetur, ob ea, quae supra *§. IV. et V.* adducta sunt; validitatem tamen et efficaciam eorundem, licet ex lubrico admodum fundamento, recte adstruxit. Pari modo communem vsum horum pactorum agnoscit CAROL. de MEAN in *iure ciu. Leodiensi tom. 1. obs. 69. n. 2.* aiens: *Contraria et vniuersalis gentium consuetudo hoc ius* (Romanorum) *abrogauit, et pacta huiusmodi de hereditate viuentis, praesertim intuitu matrimonii, et dum illud initur, concepta probauit.* Haec consuetudo vniuersalis, ad quam prouocat CAROL. de MEAN, est ipsum *ius antiquum Germaniae*, quod non tam abrogauit ius Romanorum, sed impedimento fuit, quo minus vnquam in vsum deduci potuerit. HVLDERICVS ab EYBEN in *obs. pract. ad Perez. p. 506.* consuetudinem hanc Germaniae inter conditionis inferioris homines etiam laudat, cum *ratio a voto captandae mortis petita in Germanos propter fidem eorum et candorem cessare intelligatur.* Id etiam agnoscit Dn. LEYSER in *medit. ad D. specim. 43. n. 5.* ex duobus argumentis hanc sententiam illustrans: *Praecipuum est*, ait, *defectus rationis, quae Romanos, vt pacta successoria interdicerent, impulit. Alterum constans Germanorum ante et post receptionem iuris Romani consuetudo de hereditatibus paciscendi.* Posterius membrum in confesso est. Prius vero respicit *insidias heredipetarum*, quibus abundabat respublica Romana, a quibus vnice prohibitionem horum pactorum petit *c. l. n. 1. et 2.* Forsan tamen haec ratio *secundaria* tantum dicenda, cum supra primarium argumentum aliunde deriuatum sit. Aeque testamenta captationibus mortis exposita fuere, quae tamen plenum vigorem habuerunt.

Caroli de Mean.

Hulderici ab Eyben,

Leyseri.

Fontanella.

§. X. Eodem modo validitatem horum pactorum, licet ex aliis fundamentis, defendit FONTANELLA de *pactis nupt. cl. 11. gl. vn. n. 42. et 43.* vbi sequentia adducit: *Dubitatur, an valeat pactum, vt superstes coniux omnia defuncti bona teneat, de iisque faciat suas omnimodas voluntates, cum pactum de succedendo, licet reciprocum, de iure reprobatum sit, valet tamen in duobus casibus eiusmodi conuentio: 1) quando adest legitima consuetudo vel statutum: 2) quando reseruatur aliquid ad testandum praemorienti, ne dici possit, per pactum sublatam esse liberam testamenti factionem.* In duobus ergo casibus adductis valida esse haecce pacta, dictus autor indicat; licet autem de priori, quod antiqua iura respicit, nullum superfit dubium; posteriori tamen casu, ex fundamento ab autore adducto, validitas horum pactorum minime gentium deriuari potest, ob ea, quae §. V. iam supra praestruxi ostendique, *pacta successoria*, qua talia, inter coniuges absolute, non vero ex ratione sola prohibitionis ab autore adducta, prohibita ipsoque iure nulla esse, et licet etiam concederem, hanc inter rationes prohibitae successionis pactitiae deprehendi, non tamen fuisse eandem vnicam, aliae §. IV. et V. adductae satis comprobant, quae, cessante quoque ratione prohibitionis a libertate testandi desumta, horum pactorum validitatem nihilominus ex principiis iuris Romani satis destruunt. Rectius ergo ex iuribus propriis et domesticis efficaciam horum pactorum adstruxit B. STRYK *in V. M. D. ad tit. de pact. dot. §. 3. et 10. in fin.* SCHILTER in *exercit. ad D. ex. 36. §. 93. in fin.* vt per ea tam mobilia, quam immobilia, tam particularia, quam omnia bona, quae mulier vel maritus in patrimonio et sub libera sua dispositione habet, in superstitem valide transferantur, quod non solum exempla §. VIII. adducta docent, sed et probatum de-

Strykii.
Schilteri,

derunt

derunt B. STRYK in *tr. de S. A. I. diss. 8. cap. 5. §. 15.* ibique citati. Conf. STRVV. in *syntagm. iur. ciu. exerc. 30. §. 19.* LAVTERBACH. ad *tit. de pact. dot. §. 10.* et citati apud ESBACH. in CARPZOV. *part. 2. const. 43. definit. 2.* *Struuii, Lauterbachii, Esbachii.*

§. XI. Non desunt tamen dissentientes, qui hæcce vtplurimum ex communi præiudicio obiicere solent: si vel maxime iam adducta *olim* ex dispositione iurium Germanicorum obtinuerunt; ea tamen dispositio per receptionem *iuris Romani* in Germania iamdudum abrogata et antiquata est, vt, posthabitis principiis iuris Germanici, in decisione caussarum controuersarum ad *ius Romanum* in foro recurri, atque eiusdem dispositio nunc vnice *pro fundamento* decisionis assumi, adeoque quælibet huic iuri contraria pro inualidis ac ipso iure nullis haberi oporteat; cum itaque pacta successoria iuri Romano aduersentur, eadem quoque inualida ipsoque iure nulla censenda esse videntur. Quemadmodum vero *ius Romanum*, in genere, ceu *ius* quoddam *peregrinum*, nulla expressa confirmatione in Germania munitum, et sic Germanos vltra *receptionem* obligare non potest, hæc autem receptio, saluis iuribus domesticis ac patriis, facta fuit; sequitur, vt omnem vim obligandi a *receptione* et *obseruantia* huius iuris *voluntaria* et *limitata* in Germania deducere debeamus, ceu solidissime probatum dederunt SCHILTER in *ex. ad D. 1. §. 12. et additam. ad h. §. pag. 26.* THOMAS. in *diss. de vsu exiguo iuris Rom. in foris Germ.* B. STRYK in *diss. prælim. V. M. D. de vsu et autorit. iur. Rom. in foris Germ.* Quocirca speciatim quoad materiam *successionis pactitiæ* in Germania idem nunquam receptum, quin potius *pacta successoria*, æque vt olim in Germania, adhuc hodie validissima esse, in sequentibus ostendere conabor per exempla quædam

Dissentientibus respondetur.

ex vsu iuris Romani subsidiario.

dam pactorum huiusmodi successoriorum, quæ adhuc hodie vinculo iuris non destituuntur, sed secundum principia *iuris Germanici* antiquissima, §. VI. adducta, æque ac testamentum et lex in iure Romano, *ius hereditarium* et *successionem vniuersalem* tribuunt atque in viridissima vigent obseruantia. Quare vero Germani pactitiam successionem non æque ac quidem Romani improbarint, et, recepto etiam iure Romano, iuribus domesticis antiquis ad hodiernum vsque diem tenaciter institerint, perpendenti rationes prohibitionis subtiles apud Romanos, facile in oculos incurrit. Etenim omnes hæ rationes, §. IV. supra adductæ, ex statu reipublicæ Romanæ depromtæ, et ita comparatæ sunt, vt doctrina *iuris Romani* de *pactis successoriis* ob status Germanici Romanique diuersitatem, imo ob matrimoniorum diuersam prorsus œconomiam in Germania nunquam recipi potuerit; sunt enim rationes mere ciuiles et iuris Quiritium a principiis iuris Germanici admodum alienæ, quæ, quia statui Romano sunt propriæ, Germanico valde incongrue applicantur. Singulas euoluit, iisque speciatim satisfecit SCHILTER in *exerc. ad D. 8. §. 37. 38. et 39.* B. STRYK in *tr. de S. A. I. diss. 8. cap. 12.* quibus exempla quædam extantiora horum pactorum adiungere lubet.

Exempla pactorum illustrium.

§. XII. Notabile admodum pactum successorium super successione in terras Palatinas refertur a LVNIGIO *P. spec.* des Reichs=*Archivs*, *p. 1.* in quo IOANNES II. Simmerensis cum agnato suo RVPERTO Veldentino, suo et WOLFFGANGI Bipontini pupilli sui nomine, in monasterio Disibodenbergensi *ao. 1541. d. 21. Febr.* pacti sunt, vt, quia elector et reliqui ex linea electorali essent improles, ipsi coniunctim successionem, linea electorali exstincta, adirent, terrasque

rasque Palatinas in binas portiones æquales diuiderent, quarum vna electoratum cum terris adnexis, altera terras hereditarias comprehenderet, habita æqualitatis ratione, vt tamen seniori, hanc vel illam portionem eligendi, optio relicta fuerit. Tenor pacti ita se habet: Zum andern haben wir uns entschlossen und vereinigt, so es Gott geschickt, daß der Fall der Chur fürstünde, daß wir und unser beyder Fürstliche Stamm jederzeit treulich zusammen sezen, einander mit Hülf und Rath nach allem und ganzem unserm Vermögen beyständig seyn sollen, solche Chur und Erb-Lande auch mit gleichen Kosten zu unsern gemeinen Händen zu bringen, und so die also erlanget und zu Handen gebracht würde, so sollen daraus zween gleiche Theil gemacht, deren jedem Stamm eins zustehen, nemlich die Chur mit ihrem Zubehör auf eine Seyt, und die übrigen Erblandt auf die andere Seyt getheilt, desgleichen ob die Erbland am Werth minder ertragen würden, dann die Chur mit ihrem Zugehörte, derselbige Mangel von dem, der die Chur behielt, von denselbigen Zubehörigen oder andern seinen Erblanden erstattet und verglichen werden, und dießem allem nach der lezt älteste Fürst unter unser beyder Stammen die Wahl haben, die Chur anzunehmen oder nicht. Welchem auch die Chur dergestalt wird, bey demselben und seinem Stamm soll sie für und für bleiben, so lang es währet, und die übrigen Erblandt dem andern Stamm zustehen, alles mit dem Unterscheid, welcher Theil unter uns in Erlangung gerührter Chur und Erbland mehr Kostens erlitten hätte, dann der andere, daß ihm dasselbe in dießer Theilung verglichen und erstattet werden soll. Wäre es aber, daß der Churfürstliche Stamm dennoch über kurz oder lang verfiele, also daß kein Manns-Erben aus demselben mehr vorhanden, der ehlich gebohren wäre, so soll mehr

genandte Chur alsdenn und in demselben Fall auf den ältesten Fürsten in dem andern Stamm fallen und bey demselben und solchem seinem Stamm verbleiben. Hoc pactum successorium vel ideo notari meretur, quod in eo non solum de hereditate *tertii* certi adhuc *viuentis*, qualia pacta Romanis erant odiosissima, conuentum, sed et praeterea inter paciscentes, viuis adhuc iis, de quorum successione paciscebantur, partes hereditariae aequales iam constitutae, et sic futura successio specialissime determinata fuerit. Alia eiusmodi pactorum exempla adduxit LÜNIG *cit. loc. pag. 583. n. 224. pag. 662. n. 258. et part. 2. pag. 239. n. 75.* Exempla quoque praebent principum confraternitates, quae nihil aliud sunt, quam pacta successoria, quibus diuersae familiae illustres in casum, si altera ex his fuerit extincta, ius succedendi sibi inuicem promittunt: pacta ganerbinatuum et vnionis prolium, quae singula latius explicauit B. STRYK in *tr. de S. A. I. diss. 8. cap. 6. 7. et 8.* Denique huc etiam pacta familiae de bonis post tractum temporis restituendis pertinent, de quibus ex professo egit Dn. PRAESES in *diss. de fundam. pact. fam. ad fideic. inclinant.*

Vniuersa successio feudalis pactitia.

§. XIII. Successionis pactitiae quoque nobilissimum frequentissimumque suppeditat exemplum *integra successio feudalis;* est enim haecce mere *pactitia*, ex pacto, seu *contractu feudali* vasalli cum domino directo inito, vnice dependens. Succeditur enim longe aliter in feudis ac quidem in *allodiis*, cum successor feudum ab vltimo vasallo iure quodam hereditario non accipiat, (quo iure successio in allodiis defertur heredi, supponitque, hereditatem ex iure et beneficio defuncti acquiri,) sed successor feudalis ex prima inuestitura et contractu feudali ius quaesitum in feudum habet,

bet, quod in eius præiudicium immutari et in fauorem alterius de feudo a possessore disponi non potest, quod optimo iure fieret, si ex iure et beneficio vltimi feudi possessoris in successorem deuolueretur feudum. Quia itaque successio in feudum non *iure hereditario*, sed ex *pacto et contractu primi acquirentis* defertur successoribus feudalibus, sua sponte quoque exinde consequitur, neminem spe successionis in feudum gaudere, qui in primo pacto siue contractu feudali comprehensus non deprehenditur. Cum ergo primus acquirens feudum acquisiuerit: **vor sich und seine ehliche Leibes-Lehns-Erben**; facile liquet, parentibus et fratribus eiusdem, sub hac denominatione non venientibus et sic contractui feudali non inclusis, ius succedendi in *feudo nouo* denegari, eosque a feudo excludi, quæ conclusiones forent falsissimæ, si in feudis non ex *pacto*, sed *ex iure hereditario*, vt in allodiis, æstimanda esset successio.

§. XIV. Eodem modo, vbi *simultanea* adhuc obtinet *inuestitura*, ex hac vnice successio in feudum dependet, cum tamen itidem sit nihil aliud, quam pactum de *futura in feudum successione*, cum domino feudi, vasallo et agnatis a simultanee inuestitis initum, vt, extincta vasalli prosapia, simultanee inuestitis successio in feudo pateat. Denique *expectatiua* feudalis quoque merum est pactum atque conuentio expectatiuarii conditionalis, cum domino feudi inita de feudo, si domino apertum fuerit, expectiuario concedendo, in quo iterum de *successione* adhuc *viuentium* disponi, nemini non apparet, et licet expectatiuæ a quibusdam iniquitatis fuerint accusatæ, iustitiam eorundem tamen recte defendit B. STRYK in *diss. de expectantiis*, STRVV. in *syntagm. iur. feud. cap. 7. aph. 5.* et HILLIGER in *diss. de necessit. consens.* *Quod etiam de simultanea inuestitura dicendum.*

 vasall.

Conclusio ex hactenus dictis formatur.

vasall. §. *10.* Ex adductis itaque exemplis, vt puto, satis superque apparet, Germanos in materia *successionis pactitiae* ius Romanum nunquam adoptasse, sed, contra iuris Romani scita, pacta quoque successoria de *hereditate certi viuentis* ne quidem consentientis, quae iure Romano erant propudiosissima, admisisse validaque pronuntiasse. Quae cum ita sint, in propatulo est, pacta successoria, siue inter coniuges, siue inter alios quoscunque inita, merito approbanda, recipienda et defendenda, nec ea tantum ad quasdam *species* per modum *exceptionis* restringenda, quod etiam optime obseruat Dn. LEYSER *cit. specim. 43. n. 5.* Qui aliter incedunt, supponunt ex iuris Romani principiis, pacta successoria esse *secundum regulam* prohibita, et in quibusdam duntaxat casibus per *modum exceptionis* probata et assumta, vltra quos progredi non liceret. Haec vero quam sint ἀσύστατα et erronea, facile ex antecedentibus patebit, quae docent, ius Romanum in hoc argumento pro principio *assumi* non posse. Quocirca ita rationes subducendas esse arbitror, ne a tramite iuris aberremus: *iure Romano pacta successoria regulariter fuisse probibita, et, si valuerunt, per modum exceptionis valuisse et assumta fuisse.* Ast iure Germanico, quo hodie adhuc vtimur, haec stet sententia: *iure patrio semper et vbique pacta successoria vim suam habuerunt, et ad regulam et ius commune referenda sunt.* Cauendum ergo, ne haec pacta ex iuris Romani fontibus explicemus, sed ex iis, vnde vigorem adhuc suum habent, vt in sequentibus demonstrabo; alioquin nil nisi chaos aliquod infrunitum ex contradictoriis principiis fingitur, et iurisprudentiae Germanicae facies admodum deprauatur.

Successoria pacta regulariter esse valida, non tantum quasdam eius species.

CAP.

CAP. II.
DE
PACTORVM SVCCESSORIORVM INTER CONIVGES INDOLE ET EFFICACIA.

ARGVMENTVM.

I. Distinctio inter pacta dotalia mixta et simplicia a Doctoribus efformata. II. III. IV. Vtriusque discrimina ex mente Doctorum. V. Pacta dotalia successoria non ex iure Rom. sed Germ. explicanda. VI. Reuocari nequeunt nec ex doctrina m. c. donationum sunt aestimanda. VII. Consensus Doctorum VIII. et legum Germanicarum. IX. X. Exempla.

§. I.

Ad structa *pactorum successoriorum* inter coniuges *efficacia*, iuxta ordinem *Cap. I. §. II.* electum, ad *ipsum modum*, seu quomodo haecce pacta valeant, progrediendum est, hac obseruanda methodo, vt, praemissa communi interpretum de natura *pactorum dotalium successoriorum* sententia, genuina eorundem indoles ex verioribus principiis erui, eaque cognita de *efficacia* ipsa eo rectius iudicari possit. Qui vtrumque ius, *Romanum* et *Germanicum*, in contradictoriis principiis fundatum, combinare inani conatu studuerunt, distinctionem formarunt inter pacta dotalia *simplicia* et *mixta*; quorum *illa* per modum *contractus*, seu

Methodus huius capitis.

Praemittitur distinctio in pacta dotalia simplicia et mixta.

negotii *inter viuos* et sic *irreuocabiliter* contrahuntur, quod ea mente incantur, vt ex his pactis vterque statim *ius perfectum* acquirat reuocari nescium; *l. 1. D. de donat. hæc* vero in vim *vltimæ voluntatis* contrahi dicantur, hoc sensu, vt *naturam vltimarum voluntatum*, quæ ad extremum vitæ halitum liberæ mutationi obnoxiæ sunt, sortiantur, et ad instar testamenti haberi debeant, eiusque solennia suo modo desiderent. B. STRYK in *V. M. ad tit. de pact. dot. §. 3.* STRVV. *in syntagm. iur. ciu. exerc. 30. §. 19.* LAVTERBACH in *colleg. theor. pract. ad tit. de pactis dot. §. 14.* In *principio* autem ipso *cognoscendi* genuino, quænam sint *simplicia*, quæue *mixta*? rursus cespitant interpretes, vt, quot commentarii, tot fere de notis vtriusque speciei characteristicis commentatorum deprehendantur diuersæ sententiæ; et difficile sit, perpensis singulorum rationibus, eam constituere, cui dici possit: tu mihi sola places. Equidem B. STRYK. *in caut. contr. sect. 3. cap. 8. §. 21.* ex *verbis* ipsis pactorum dotalium id diiudicandum esse docet, vt ex verbis: HABEN, BEHALTEN etc. a paciscentibus adhibitis, pacta dotalia *simplicia* per modum *contractus* inita eruenda; pro *mixtis* vero seu in vim *vltimæ voluntatis* conceptis, habenda sint, si formula: ERBEN, SVCCEDIREN, SVCCEDERE etc. pacta ineuntes vsi fuerint. Formulam vero: ERBLICH BEHALTEN non præcise mixta pacta inuoluere, sed plerumque *effectum transactionis* denotare, contrahentibusque hoc sensu adiici solere, vt non solum *contrahens*, sed et *heredes* ipsius bona retinere debeant, censet IDEM *cit. loc. §. 22.* Similiter in *tr. de S. A. I.* hæc simplicia esse statuit, vbi promissio eorum, quæ pactis dotalibus conuenta, quidem fundatur in *persona* paciscentis, eiusque præsens obligatio est; effectus vero obligationis seu exactio ipsa post mortem

Principium cognoscendi vtramque speciem anceps.

Discrimen assignatum a Strykio,

mortem promittentis confertur, vt ab herede et contra heredem promittentis exactio incipiat; *mixta* e contrario ea, si conuentio magis *bona*, quam *perſonam* reſpiciat, vel expreſſe *hereditatis* et *ſucceſſionis* facta fuerit mentio. Eodem fere modo rem definit CARPZOV. *part. 2. conſt. 43. def. 5. et 6. n. 1. 2.* et ex ſolis verbis, tum pacta dotalia *ſimplicia*, tum *mixta* diiudicanda eſſe, cenſet, *arg. l. 20. de V. S.* Addit vero: ſi de *hereditate* vel *ſucceſſione* expreſſe dictum fuerit, ambigendum non eſſe, quin pacta hæc per modum *contractus*, ſeu *inter viuos* inita dici nequeant, cum de *futura* potius *ſucceſſione hereditaria* cogitatum fuerit, quod verba *ius ſuccedendi* poſt mortem in vniuerſitatem bonorum ſatis clare innuant. Idem obtinere aſſerit HARTMAN. PISTOR *part. 4. quæſt. 3. n. 4.* ſi non quidem de vniuerſa *hereditate* conuentum, ſed ſaltim *certa hereditatis portio* in *caſum mortis* coniugi ſuperſtiti data et aſſignata fuerit, vt, licet de *re* ſaltim *particulari* actum fuerit, ſi tamen expreſſe de *iure ſuccedendi* dictum vel ex mente contrahentium conſtet, aut ex aliis circumſtantiis appareat, quod paciſcentes de *ſucceſſione* agere voluerint, licet *ſucceſſionis* expreſſa non eſſet facta mentio, hæcce pacta nihilominus *mixta* cenſenda ſint. IDEM *cit. loc. n. 5.* Non ergo exinde, quod vel bona *vniuerſa*, vel *pars* ſaltim *bonorum* coniugi ſuperſtiti in pactis dotalibus aſſignata fuerit, diiudicari poſſe, an hæcce pacta in vim *contractus*, an vero in vim *vltimæ voluntatis* valeant? ſtatuunt CARPZOV. *cit. loc.* et SANDE in *deciſ. Friſic. lib. 2. tit. 2. def. 4. et addit.*

Carpzouio. *Piſtore.*

§. II. Paulo aliter criteria horum pactorum conſtituit LAVTERBACH. in *C. T. P. ad tit. D. de pact. dot. §. 3.* Etenim pro *ſimplicibus* habet ea, in quibus tantum agitur de *dote* *Lauterbachio.*

dote vel *donatione propter nuptias*, vel etiam de aliis bonis, per verba tamen *contractuum*, vt negotium quidem statim perficiatur, executio vero ad tempus mortis differatur; *mixta* autem et in vim *vltimæ voluntatis* concepta appellat illa, in quibus agitur de *futura coniugum successione* vel *vniuersali*, vel *pro parte* per verba *vltimæ voluntatis*, vt totum negotium eiusque perfectio et executio differatur in futurum mortis casum. *l. 32. et 42. §. f. D. de donat.* Alio plane modo signa horum pactorum diuersa distinguit WILLENBERG in *diss. de pact. ante nupt. §. 21.* statuitque, pacta antenuptialia regulariter per modum *contractus* ac *inter viuos* fieri, vtpote quem modum natura negotii requirat, et sic quoque in dubio ita facta intelligi, verba vero hunc *modum* indicantia esse, ait, si v. g. conuentum foret, vt superstes in casum mortis omnia vel aliqua defuncti bona *habeat*, vel *retineat*, **daß die Güter auf den Letztlebenden erblich fallen, er nichts herausgeben solle.** Posse tamen hæc pacta quoque in vim vltimæ voluntatis concipi, fatetur, si ex *intentione contrahentium* id appareat, vel verba adhibita istam voluntatem indigitent: v. gr. si conuentum: **daß auf erfolgten Todes-Fall der Uberlebende alle Güter erben, und in solche** *succedir*en **solle.** Vel si modus succedendi determinatus sit, **wie ein Ehegatte dem andern so wohl auf den Fall, wann sie Kinder erzeugt, als auch wann ihrer eins ohne Kinder abstirbet, beerben solle,** quo criterio vtitur HARPPRECHT *vol. nou. cons. 42. n. 295.* Alii recurrunt ad obsoletas formulas vltimarum voluntatum, et ab iis differentiam petunt, asserentes, mixta esse, si per *verba testamenti*, h. e. in testamentis vsitata et recepta; simplicia vero, si per *verba contractus*, vel *donationis*, vel de certis quibusdam bonis concepta. HEESER *de comm. bon. diuis. part. 2. loc. 11. n. 127.* Ab omni-

Willenbergio, Harpprechto, Heesero, Esbachio,

omnibus his dissentit et nouam plane sententiam producit in hac materia ESBACH in CARPZ. *P. 2. const. 43. ad def. 5. et 6.* sequentem in modum ratiocinia subducens: non iudicandum esse ex verbis solis, quando pacta dotalia sint simplicia, quando vero mixta; quin potius dicendum esse, quod iudex in hac materia ex *animi sui sententia* aestimare debeat, quid aut credat aut parum probatum sibi opinetur iuxta *l. 3. §. 2. D. de test.* motum animi vero aestimare debeat ex testimoniis ipsae rei aptioribus, et vero proximioribus, vt loquitur ICtus in *l. 21. §. fin. D. de test.* Diuersae hae de pactorum dotalium *simplicium* et *mixtorum* notis characteristicis sententiae vel ideo fuerunt adducendae, vt appareat, quam incertis interpretes in hac doctrina vagentur procellis; omnia enim indicia, ex quibus alterutra species colligenda, mera eorundem sunt inuenta, nullis rationibus idoneis corroborata, et ob fluctuantem commentatorum in definiendis hisce criteriis sententiam ita comparata, vt semper ansam litibus praebere possint, praesertim cum pacta dotalia a notariis vel aliis concipiantur, qui libero vtplurimum stylo vtuntur, nec formularum adeo rationem habent. Quocirca, qui ex *verbis* subtilibusque *formulis* differentiam vnice colligunt, iurisprudentiam nostram formulariam reddere intendunt, nec tamen de verbis ipsis, hanc vel illam speciem indicantibus, inter se conuenire potuerunt, quinimo eo ipso statuunt, vltra intentionem paciscentium verba quid operari posse, cum tamen in quibusuis conuentionibus primam bonae interpretationis negotii regulam, intentio contrahentium praesumta constituere debeat, qui si forsan interrogati fuissent de ratione differentiae, (quam interpretes constituunt maximam, vt ex sequentibus apparebit,) inter verba haec vel illa pactis dotalibus inserta, differentiae rationem nullam idoneam dare

Epicrisis de his criteriis generalis.

possunt, sed potius credibile est, paciscentes coniuges semper eo duci consilio, eaque mente inter se pacisci, vt *irreuocabili nexu* sese constringere velint, quibuscunque verbis formulisque hæc fuere concepta. Non minus lubrico decisionem causæ subiiciunt fundamento illi, qui *iudicis arbitrio* quoad hunc passum definitionem relinquunt; hoc modo enim iudici idonea offertur occasio, pro animi sui passionibus vel vtilitate priuata quadam, partium studium arripiendi, alterutrique litigantium gratificandi ob incertissimas in hoc argumento ICtorum sententias, colore iuris nunquam destitutas.

Simplicia censent irreuocabilia; §. III. Ante omnia vero disquirendum, in quem finem interpretes has diuersas verborum figuras tam sollicite distinguant, et inter se digladientur de illis. Videlicet omnes in ea subsistunt diuersitate horum pactorum, qui ea tam accurate determinare volunt, vt simplicia in vim contractuum inita censeri debeant *irreuocabilia*, ex natura pactorum contractuumque communi, quæ hæc est, vt, quæ ab initio in iis sint voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de obl. et act.* adeoque, non nisi vtriusque contrahentium dissensu dissolui corrigiue queant. *mixta vero reuocabilia.* De *mixtis* vero in *vim vltimæ voluntatis* contractis plane aliter rationes subducunt, pluraque in iis solennia desiderant, ac iura singularia ex iure Romano, i. e. contradictorio, adducunt. Quemadmodum enim hæc de *vltimarum voluntatum natura* participare dicuntur, ad extremum vsque vitæ halitum pro lubitu ac quocunque temporis momento reuocabilium; *l. 4. D. de adim. legat. l. 32. §. 3. D. de donat. int. V. et V. l. 30. C. de pact.* ita quoque doctrinam vltimarum voluntatum hisce pactis mixtis, de *successione futura* quippe disponentibus, et sic *vltimam* quan-

dam

dam *voluntatem* (quam in ſenſu *iuris* Romani præciſe concipiunt,) conſtituentibus, applicarunt, docentes, hæcce pacta æque ac quamlibet vltimam voluntatem aliam, altero paciſcentium inuito aut iam mortuo, per teſtamentum aliamue contrariam voluntatem optimo iure reuocari, et ſic vnius contrahentium diſſenſu pro lubitu a conuentione recedi poſſe, adeo vt, ne quidem per *pactum contrarium*; hæc libera voluntas reſtringi queat, quod nemo ſibi valide dicat legem, a qua recedere eidem non liceat, *l. 22. D. de legat. 3.* rationes ita ſubducentibus LAVTERB. *in C. T. P. ad tit. de pact. dot. §. 14.* B. STRYK in *tr. de C. C. ſect. 3. cap. 8. §. 18.* KOHL *de pact. dot. part. 2. n. 59.* CARPZ. *P. 2. C. 43. def. 11. et* citati apud B. STRYK in *tr. de S. A. I. diſſ. 8. cap. 5. §. 41.* HEESERO *cit. loc.* Quia itaque in claſſem *vltimarum voluntatum* hæcce pacta *mixta* reiecerunt, vlterius quoque progreſſi ſunt, et ratione *formæ* quinque ad minimum teſtium præſentiam in his ineundis requiſiuerunt, *arg. l. vlt. §. 3. C. de codicill.* quod in qualibet vltima voluntate, quæ formale teſtamentum haud conſtituat, ſecundum *l. adductam*, (et ſic quoque in his pactis) *quinque teſtes* ad minimum præſentes eſſe debeant, ita argumentantibus LAVTERB. *cit. loc. §. 4.* B. STRYK in *V. M. D. ad tit. de pact. dot. §. 3.* in *ſimplicibus* autem nulli plane teſtes ratione ſolennitatis, ſed vnice probationis gratia deſiderentur, et ſic duo ſufficiant, *arg. l. 12. D. de teſt.* ex mente RICHTERI *deciſ. 26. n. 45.* CARPZOVII *part. 2. C. 43. def. 1. n. 4.* Denique ex pactis dotalibus mixtis tantum bona deferri ſuperſtiti ex *titulo ſingulari*, adeoque heredi ab inteſtato merito ex illis quartam ex L. Falcid. eſſe aſſignandam, quod pactis *heres vniuerſalis*, inſtar teſtamentarii, conſtitui nequeat.

inde in his quinque teſtes deſiderant.

eaque L. Falcidiæ ſubiiciunt.

Quod mixta ex iure Romano sint aestimanda.

§. IV. Quod vero insignem hanc inter vtramque pactorum dotalium speciem, §. I. adductam, constituerint differentiam, in causa est praeiudicium illud vulgatum, quod pacta *mixta* ad tramitem *iuris Romani* reducenda, ex iis explicanda, et ita accipienda, vt cum eo, tanquam vnico omnium iurium fonte, conueniant, iuxta principium vulgatum: consuetudinem et statuta ex iure Romano supplenda, interpretanda, et restringenda, ne nimis ab eo recedant. Et cum ex quotidiana Germaniae obseruarent praxi, in pactis dotalibus *de successione coniugum* quam saepissime disponi, nullum vero fundamentum pro sustinenda hac dispositione in *iure Romano* deprehenderent, quippe quo quaelibet pacta dotalia erant simplicia, et non nisi de *dote*, *donatione propter nuptias* aliisque conueniri, minime vero successio futura determinari poterat, vt *cap. I. §. I.* latius demonstraui; aliud fundamentum, pro defendenda horum pactorum successoriorum validitate, ex *iure Romano* inuestigarunt, comparantes ea cum *m. c. donatione*, cui videbantur esse simillima, adeoque iura in *m. c. donatione* obtinentia ad haecce pacta ex iure Romano optime trahi posse, vt, quae in *m. c. donatione* iuris, in hisce quoque iuris esse debeant.

iuxta naturam m. c. donationis.

Quo principio semel assumto, prono alueo ex eodem sequentes fluxere conclusiones: *Quemadmodum* m. c. donatio *vltimis voluntatibus* accedit, et sic quinque ad minimum testes praesentes requirit; *l. f. C. de m. c. donat. l. f. §. 3. C. de iure codicill.* ita quoque pacta dotalia mixta, in vim vltimae voluntatis contracta, eosdem supponere, *arg. ex dict. text.* ducto. Quemadmodum porro quaelibet vltima voluntas quocunque tempore ad extremum vsque vitae spiritum est reuocabilis et mutabilis; eodem modo haecce pacta reuocabilia esse concluserunt, *arg. l. 4. D. de adim. vel transf. legat. l. 32. §. 32. D. de donat. inter*

inde conclusiones erroneae tractae.

ter

ter V. et V. Vlterius, vt m. c. donatio, licet 500. solidos excedat, necessitati insinuationis non subiacet; ita haecce pacta dotalia sine illa valere, docuerunt. Denique vt m. c. donatarius ex titulo succedit singulari, hic vero *ius succedendi vniuersale* et *hereditarium* non constituit, et sic alius adhuc heres vel *ab intestato*, vel *ex testamento* supponendus est, cui ad minimum quartam ex L. Falcidia etiam a m. c. donatione detrahere iura permittunt; *l. 5. l. 12. C. ad L. Falcid. l. 2. C. de m. c. donat.* eodem modo coniugem superstitem ex hisce pactis succedentem non *heredem*, sed *successorem* esse *singularem*, tradunt, vt heredibus ab intestato Falcidiam ab iis, quae pactis dotalibus superstiti relicta sunt, deducere sit integrum. *arg. l. 35. §. 3. de legat. 3.* HAHN ad *Wesenbec. tit. ad L. Falcid. n. 6.* ANTON. FABER. in *cod. lib. 6. tit. 26. def. 1. verb. sed quoad Falcid.* Liquet ergo ex adductis, interpretes in explicatione pactorum dotalium (vt vocant) mixtorum, vnice ad *iura Romana* respexisse, et ex comparatione horum cum mortis causa donationibus conclusiones has traxisse, ab vnoque ad alterum argumenta bona fide duxisse. HARPPRECHT *cit. l.*

§. V. Quam vero incongrue horum pactorum validitas ex *iure Romano* deriuetur, quam inconcinne principia iuris Romani plane his pactis contraria in explicanda horum pactorum natura assumantur, vel ex iis apparet, quae *cap. I. §. IV. et V.* adducta sunt; ostensum enim fuit *loco citato*, iura Romana *pacta successoria* regulariter in genere improbasse, nec minus quoque pacta coniugum dotalia successionem determinantia in specie annullasse; minus ergo recte asseritur, principia *iuris Romani*, quibus haecce pacta plane contrariantur, his quoque commode applicari posse. In

Principia iuris Rom. in his admitti nequeunt.

nec a m. c. donatione argumentum trahi. confeſſo ſane eſt, ſi *pacta ſucceſſoria* inter coniuges cum donatione m. c. conferri, et inde explicari poſſent, Romanos ICtos nunquam in hanc prolapſos fuiſſe ſententiam, vt cenſuerint, pacta hæc eſſe prorſus inania, nullius efficaciæ, et fruſtratoria; ſed potius æque vt diſſentientes illa ex hoc fonte explicuiſſent, et validitatem eorum agnouiſſent; quod tamen minime factum eſt. Qua ratione ergo diuerſa dubiam traxit ſententia mentem, vt ICtis Romanis dicam ſcribere, et tamen ex horum doctrina argumenta depromere intenderint? ſane hoc nihil inconcinnius dici fingique potuit. Facile vero liquet, iurium patriorum neglectam culturam in cauſa fuiſſe, vt ad fontes alienas proruerent, et contradictoria conciliare ſtuderent. *vnice ex iure Germ. explicanda.* Enimuero hæc pacta ſunt merum iuris *Germanici patriique* inſtitutum, adeoque etiam ex hoc tanquam fonte ſuo legitimo iura eorundem vnice haurienda ſunt et deducenda. Nec enim ſana ratio permittit, vt *ius Romanum* cum *Germanico*, contradictoria hoc caſu fouente principia, inuicem coniungi, et ab vno ad aliud argumenta trahi debeat. Sunt itaque omnes concluſiones, quotquot ex iure Romano ad hæc pacta trahuntur, meri errores, inſtituto quippe Germanico inapplicabiles. Docet natura rei et recta ratio, *inſtituta Romana* ex *iuribus Romanis*, tanquam hiſce propriis; *Germanica* vero ex *patriis* vnice eruenda eſſe *legibus* et iuribus, cum præterea *cap. præced.* iam obſeruatum demonſtratumque fuerit, iura Romana in Germania demum *in ſubſidium*, in defectu *iurium domeſticorum*, poſt receptionem eorundem applicanda, quoad hanc materiam vero nunquam adoptata eſſe, ſed iuribus patriis ab omni æuo Germanos hoc in paſſu inſtitiſſe. Liquet porro, validitatem horum pactorum, a *m. c. donatione* argumento tracto, fruſtra adſtrui. *Inde conclu-* Sunt enim mera *pacta* et *conuentiones*,

nes, successionem futuram inter coniuges determinantes, ex principiis *cap. praeced.* traditis defendendae et explicandae, et sic sua sponte conclusiones erroneae, ex eo deriuatae principio, quod pacta dotalia mixta sint *m. c. donationibus* aequiparanda, corruunt, doctrina pariter de *quinque testibus* in pactis hisce ineundis necessariis euanescit, quam solennitatem nec pacta, nec iura Germanica in hisce pactis vnquam desiderarunt. Falsum porro est, superstitem ex pactis dotalibus succedentem non fieri *heredem* vniuersalem, sed *successorem singularem* ad instar m. c. donatarii habendum, quin potius *veros heredes* esse successores ab intestato, adeoque et his iura et commoda, *heredibus* in iure tributa, non esse deneganda, sed optimo iure adiudicanda. Corruit dogma commune: pacta haec ad instar m. c. donationis quolibet momento mutari, alteroque contrahentium etiam inuito et dissentiente, ab vno reuocari corrigique posse.

siones ex iure Romano deducta erronea sunt.

§. VI. Destructa itaque hactenus doctrina interpretum communi: quod haecce pacta ex *m. c. donatione* sint interpretanda, et sic vltimis voluntatibus in sensu iuris Romani assumtis accedant, earumque naturam assumant, loco eius substituo principium simplicius, quo vnice ducti sunt Germani: eadem ex *natura* et *fide conuentionum communi*, vt vera pacta, vnice esse aestimanda, et sic quoque *immutabilia* et *irreuocabilia* esse debere, quod ex sequentibus colligo fundamentis: α) quia sunt *conuentiones* et *vera pacta*, et sic quoque natura et iure pactorum communi, a Germanis nullibi in diuersos tracto effectus, gaudere debent, quorum natura haec est, vt, quae in iisdem ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de O. et A.* adeoque sua natura sint *irreuocabilia*, et non nisi vtriusque contrahenti-

Principium principale, ex natura pactorum communi deductum, quod sint irreuocabilia.

quia sunt vera pacta.

nec a m. c. donatione argumentum trahi.

confeſſo ſane eſt, ſi *pacta ſucceſſoria* inter coniuges cum donatione m. c. conferri, et inde explicari poſſent, Romanos ICtos nunquam in hanc prolapſos fuiſſe ſententiam, vt cenſuerint, pacta hæc eſſe prorſus inania, nullius efficaciæ, et fruſtratoria; ſed potius æque vt diſſentientes illa ex hoc fonte explicuiſſent, et validitatem eorum agnouiſſent; quod tamen minime factum eſt. Qua ratione ergo diuerſa dubiam traxit ſententia mentem, vt ICtis Romanis dicam ſcribere, et tamen ex horum doctrina argumenta depromere intenderint? ſane hoc nihil inconcinnius dici fingique potuit. Facile vero liquet, iurium patriorum neglectam culturam in cauſa fuiſſe, vt ad fontes alienas proruerent, et contradictoria conciliare ſtuderent.

vnice ex iure Germ. explicanda.

Enimuero hæc pacta ſunt merum iuris *Germanici patriique* inſtitutum, adeoque etiam ex hoc tanquam fonte ſuo legitimo iura eorundem vnice haurienda ſunt et deducenda. Nec enim ſana ratio permittit, vt *ius Romanum* cum *Germanico*, contradictoria hoc caſu fouente principia, inuicem coniungi, et ab vno ad aliud argumenta trahi debeat. Sunt itaque omnes concluſiones, quotquot ex iure Romano ad hæc pacta trahuntur, meri errores, inſtituto quippe Germanico inapplicabiles. Docet natura rei et recta ratio, *inſtituta Romana* ex *iuribus Romanis*, tanquam hiſce propriis; *Germanica* vero ex *patriis* vnice eruenda eſſe *legibus* et iuribus, cum præterea *cap. præced.* iam obſeruatum demonſtratumque fuerit, iura Romana in Germania demum *in ſubſidium*, in defectu *iurium domeſticorum*, poſt receptionem eorundem applicanda, quoad hanc materiam vero nunquam adoptata eſſe, ſed iuribus patriis ab omni æuo Germanos hoc in paſſu inſtitiſſe. Liquet porro, validitatem horum pactorum, a *m. c. donatione* argumento tracto, fruſtra adſtrui.

Inde conclu-

Sunt enim mera *pacta* et *conuentiones*,

nes, successionem futuram inter coniuges determinantes, ex principiis *cap. præced.* traditis defendendæ et explicandæ, et sic sua sponte conclusiones erroneæ, ex eo deriuatæ principio, quod pacta dotalia mixta sint *m. c. donationibus* æquiparanda, corruunt, doctrina pariter de *quinque testibus* in pactis hisce ineundis necessariis euanescit, quam solennitatem nec pacta, nec iura Germanica in hisce pactis vnquam desiderarunt. Falsum porro est, superstitem ex pactis dotalibus succedentem non fieri *heredem* vniuersalem, sed *successorem singularem* ad instar m. c. donatarii habendum, quin potius *veros heredes* esse successores ab intestato, adeoque et his iura et commoda, *heredibus* in iure tributa, non esse deneganda, sed optimo iure adiudicanda. Corruit dogma commune: pacta hæc ad instar m. c. donationis quolibet momento mutari, alteroque contrahentium etiam inuito et dissentiente, ab vno reuocari corrigique posse.

siones ex iure Romano deducta erronea sunt.

§. VI. Destructa itaque hactenus doctrina interpretum communi: quod hæcce pacta ex *m. c. donatione* sint interpretanda, et sic vltimis voluntatibus in sensu iuris Romani assumtis accedant, earumque naturam assumant, loco eius substituo principium simplicius, quo vnice ducti sunt Germani: eadem ex *natura* et *fide conuentionum communi*, vt vera pacta, vnice esse æstimanda, et sic quoque *immutabilia* et *irreuocabilia* esse debere, quod ex sequentibus colligo fundamentis: α) quia sunt *conuentiones* et *vera pacta*, et sic quoque natura et iure pactorum communi, a Germanis nullibi in diuersos tracto effectus, gaudere debent, quorum natura hæc est, vt, quæ in iisdem ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de O. et A.* adeoque sua natura sint *irreuocabilia*, et non nisi vtriusque contrahentium

Principium principale, ex natura pactorum communi deductum, quod sint irreuocabilia.

quia sunt vera pacta.

donationes m. c. merum sunt institutum Romanum, Germanis ignotum.

um consensu dissolui denuo queant, in quo principio Germani ex *fide data* vnice substiterunt, nec reuocabilitatem pactorum promiscuam agnouerunt. Præterea β) donationes m. c. quidem etiam *mutuo consensu*, olim etiam per *stipulationem*, ineuntur; palam tamen est, harum institutum proprium fuisse Romanis, nec in iis de *vniuersali successione* actum, Germanis vero adeo ante receptionem iuris Romani ignoratum, vt pacta hæc successoria inierint contraxerintque, antequam iurium Romanorum noua et Germanis incognita instituta inualescerent. Ex quo fluit, a Germanis hæc *pacta successoria* semper sancte culta et irreuocabilia habita fuisse, eosque, recepto iure Romano, haud admisisse, vt ex hoc principia plane contraria sumerentur iuxta doctrinam legistarum. Iam dudum pronunciauerat TACITVS de *mor. German. testamentum apud Germanos nullum fuisse*, quod de *vltimæ voluntatis dispositione* quauis intelligendum, solis Romanis propria, Germanis ignorata. Nihil his *fide* sanctius: illis testamentis nihil prius nec potius, in quibus *leges* bonis suis dabant *domesticas*, voluntati cuiuscunque *legislatoris domestici* subiectas. Iubebant, vetabant, *formulisque legum* in disponendo vtebantur; imo in donatione m. c. peculiari talique formula vtebantur, qua se ab omni vinculo in vita sua immunes fore, declarabant, atque inde demum morte confirmabatur. Inde vero euidentissimum est, falsissimum et erroneum esse: hæc pacta successoria esse *donationes m. c.*, quam thesin *§§. præced.* iam satis superque destruxi. γ) Id ipsum iam dudum ICti plurimi obseruarunt, quorum consensu hoc Germaniæ dogma assertum confirmatumque. Etenim HARPPRECHT *in tr. acad. de success. tract. 4. th. 17. n. 6.* fatetur: *Pacta eiusmodi successoria irreuocabilia effici posse, quod in huiusmodi pactionibus talia, haud raro, verba,* *non*

Hanc sententiam ICti o-prima nota calculo suo confirmant: Harpprecht,

non tam ex imperitia Notariorum, istas tabulas scribentium, quam ex seria et enixa paciscentium voluntate, inserta occurrant, quae, tametsi de futura hereditaria atque vniuersali successione sint concepta talem paciscentium voluntatem quod haec ipsa conuentio de successione nulli reuocationi obnoxia esse debeat, haud obscure ad oculos iudicantium ponat. IDEM *n. 7. sqq.* quoque plura allegat locorum statuta, *irreuocabilitatem* eiusmodi pactorum ex retento iure prisco patrio approbantia et confirmantia. Agnoscunt quoque veritatem asserti ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7. et 8.* GAIL. *obs. 126. n. 3. 4. et 5.* ex eo: *quod eiusmodi pacta sint contractus, in eiusque vim valeant, in quibus reuocationi altero inuito locus non sit.* Hoc ipso destruunt distinctionem vulgatam inter *simplicia* et *mixta*, adseruntque, omnia haec pacta vnius eiusdemque naturae fuisse, quibuscunque conceptis verbis formulisque, parumque quoad hunc effectum interesse, siue de re *particulari*, siue de *vniuersali successione* fuissent composita. Iam Imperator in *l. 15. C. de testam.* quoad institutionem heredum sustulerat verba antiqua solennia, et qualiacunque *praedicata* admiserat, quae proinde, obseruante STRYKIO *in V. M. tit. de hered. instit. §. 1.* vocantur *communia*, quod et *institutioni heredum* et *legatis* atque *fideicommissis* communia sint, siue dixeris: haben, behalten, siue vero: erben, erblich besitzen. Nec amplius in *legatis* aliqua superest verborum figura, sed haec sunt exaequata *fideicommissis*, et prorsus libera. Quocirca in testamentis id modo refert, vtrum praedicatum tribuatur *vniuersitati rerum et iurium*, v. c. soll alle meine Güter haben; vel: die Halbschied aller meiner Güter haben; an vero bonis particularibus: soll mein Land-Guth N. haben, vt illo casu institutionem designet heredis, hoc vero legatum. Quid ergo ineptius est, quam ex *praedicato*

Faber,
Gailius,

in *pactis* hisce discrimen aliquod exstruere velle, quod iam Romani in omni vltima voluntate, etiam in *legatis*, sustulerunt? Ad *obiectum* potius etiam in hisce pactis respiciendum vnice, vt, si assignata superstiti *vniuersitas rerum et iurium:* si de *successione vniuersali* siue in *omnia* bona, siue in *quotam* eorum actum, coniux superstes ex hoc pacto *heres verus* et *successor vniuersalis* constitutus sit *irreuocabiliter* mutuo consensu. Id iura Romana non permittebant, nec talem *successionem* ex pactis agnoscebant, multo minus ergo ea iure donationis m. c. subsistere credebant; id quod, qui hodiernis pactis attribuunt, apertissime iuri Romano dicam scribunt. Laudant præterea et æquitati conuenientissimam pronunciant sententiam eorum, qui pacta hæc *irreuocabilia* esse statuunt, HAHN *de conclus. rer. concl. 72. n. 12.* et MVSCVL. *de success. conuent. membr. 1. n. 34. 35. et 36.* ex hisce rationibus: *quod fraudibus hoc modo optime occurratur, ne vnus coniugum vana promissione alterum decipere, ac promissa pro lubitu reuocatione sine vllo eius merito deludere possit. Et licet rationem vltimæ voluntatis quoad effectum deferendæ hereditatis sortiantur, esse tamen eadem pacta, et modum ex his succedendi conuentionalem, et sic ex natura conuentionum irreuocabilem.*

Hahnius, Musculus,

Sande,

§. VII. Ex sola *honestatis* et *æquitatis* ratione fundamentum irreuocabilitatis deducit SANDE *in comment. ad consuetud. Geldr. feud. tit. 2. cap. 3. n. 15.* aiens: *Moribus nostris admodum fauorabiles sunt non modo legitimæ successiones, quæ legibus publicis deferuntur, sed et LL. antenuptiales, præsentibus propinquis amicisque confectæ, vt vix æquum et honestati publicæ conueniens videatur, eas priuata dispositione vel pactione rescindi aut immutari.* Licet vero ea, quæ *æquitati* et *honestati* sunt contraria, non statim eo ipso ligent *iure*

perfe-

perfecto, et sic fundamento lubrico autoris sententia fulciri videatur; in thesi tamen, ex rationibus in antecedentibus adductis, assertio eiusdem verissima, et magis ad *mores* Germaniæ *priscos* quam legum peregrinarum principia composita est. Alio incedit ratiocinio FONTANELLA *de pact. nupt. cl. 4. gl. 9. part. 1. n. 34.* sequentia adducens: *Donationes, in pactis nuptialibus factæ, pars et portio censentur esse contractus matrimonii, in quo fiunt, et prius inter partes, vt ita fierent, tractata, quæ proinde vt ipsum matrimonium fiunt irreuocabiles.* Aliam *cl. 5. gloss. 8. part. 12. num. 56. et 57.* addit rationem: *quod verosimiliter alias matrimonium non fuisset secutum, et præterea tabulæ nuptiales præsentibus propinquis et amicis conficiantur, qui ideo conuocari soleant, vt pactis dotalibus præsentes sint, et affinitati legem dicant, omniaque prudentia sua et autoritate moderentur. Quod ergo in tam celebri cœtu vno omnium propinquorum consensu placuit, decet perpetuum esse, nec aliquo pacto infringi posse.* Ad minimum ex his rationibus liquet, α) contrahentes regulariter ignorare hoc pactorum discrimen; quin potius β) ea fuisse mente, vt sancte id, quod promissum, coleretur, et seruaretur, quod etiam clausulæ, quæ passim in iis occurrunt, designant. Sanioribus et solidioribus ex principiis suo calculo adducta confirmat I. S. STRYK *in diss. de testam. coniug. recip. §. 86.* aitque: *Capitula dotalia, quoad omnes partes in totum nullo alio modo regulariter, quam vtriusque coniugis accedente consensu, infirmari possunt atque rescindi. Istud enim, quod de successione hoc modo constitui queat, totum ex* FONTIBVS IVRIS GERMANICORVM *deriuatum est, atque ex iisdem quoque per consequens diiudicandum. Sed pactorum eam semper fuisse naturam et indolem apud Germanos, vt seruarentur, non ignotum est.* Licet vero laudati autores

Fontanella.

Strykius.

possunt, sed potius credibile est, paciscentes coniuges semper eo duci consilio, eaque mente inter se pacisci, vt *irreuocabili nexu* sese constringere velint, quibuscunque verbis formulisque hæc fuere concepta. Non minus lubrico decisionem causæ subiiciunt fundamento illi, qui *iudicis arbitrio* quoad hunc passum definitionem relinquunt; hoc modo enim iudici idonea offertur occasio, pro animi sui passionibus vel vtilitate priuata quadam, partium studium arripiendi, alterutrique litigantium gratificandi ob incertissimas in hoc argumento ICtorum sententias, colore iuris nunquam destitutas.

Simplicia censent irreuocabilia;

§. III. Ante omnia vero disquirendum, in quem finem interpretes has diuersas verborum figuras tam sollicite distinguant, et inter se digladientur de illis. Videlicet omnes in ea subsistunt diuersitate horum pactorum, qui ea tam accurate determinare volunt, vt simplicia in vim contractuum inita censeri debeant *irreuocabilia*, ex natura pactorum contractuumque communi, quæ hæc est, vt, quæ ab initio in iis sint voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de obl. et act.* adeoque, non nisi vtriusque contrahentium dissensu dissolui corrigiue queant. De *mixtis* vero in *vim vltimæ voluntatis* contractis plane aliter rationes subducunt, pluraque in iis solennia desiderant, ac iura singularia ex iure Romano, i. e. contradictorio, adducunt. Quemadmodum enim hæc de *vltimarum voluntatum natura* participare dicuntur, ad extremum vsque vitæ halitum pro lubitu ac quocunque temporis momento reuocabilium; *l. 4. D. de adim. legat. l. 32. §. 3. D. de donat. int. V. et V. l. 30. C. de pact.* ita quoque doctrinam vltimarum voluntatum hisce pactis mixtis, de *successione futura* quippe disponentibus, et sic *vltimam* quan-

mixta vero reuocabilia.

dam

dam *voluntatem* (quam in sensu *iuris* Romani praecise concipiunt,) constituentibus, applicarunt, docentes, haecce pacta aeque ac quamlibet vltimam voluntatem aliam, altero paciscentium inuito aut iam mortuo, per testamentum aliamue contrariam voluntatem optimo iure reuocari, et sic vnius contrahentium dissensu pro lubitu a conuentione recedi posse, adeo vt, ne quidem per *pactum contrarium*, haec libera voluntas restringi queat, quod nemo sibi valide dicat legem, a qua recedere eidem non liceat, *l. 22. D. de legat. 3.* rationes ita subducentibus LAVTERB. *in C. T. P. ad tit. de pact. dot. §. 14.* B. STRYK in *tr. de C. C. sect. 3. cap. 8. §. 18.* KOHL *de pact. dot. part. 2. n. 59.* CARPZ. *P. 2. C. 43. def. 11.* et citati apud B. STRYK in *tr. de S. A. I. diss. 8. cap. 5. §. 41.* HEESERO *cit. loc.* Quia itaque in classem *vltimarum voluntatum* haecce pacta *mixta* reiecerunt, vlterius quoque progressi sunt, et ratione *formae* quinque ad minimum testium praesentiam in his ineundis requisiuerunt, *arg. l. vlt. §. 3. C. de codicill.* quod in qualibet vltima voluntate, quae formale testamentum haud constituat, secundum *l. adductam*, (et sic quoque in his pactis) *quinque testes* ad minimum praesentes esse debeant, ita argumentantibus LAVTERB. *cit. loc. §. 4.* B. STRYK in *V. M. D. ad tit. de pact. dot. §. 3.* in *simplicibus* autem nulli plane testes ratione solennitatis, sed vnice probationis gratia desiderentur, et sic duo sufficiant, *arg. l. 12. D. de test.* ex mente RICHTERI *decis. 26. n. 45.* CARPZOVII *part. 2. C. 43. def. 1. n. 4.* Denique ex pactis dotalibus mixtis tantum bona deferri superstiti ex *titulo singulari*, adeoque heredi ab intestato merito ex illis quartam ex L. Falcid. esse assignandam; quod pactis *heres vniuersalis*, instar testamentarii, constitui nequeat.

inde in his quinque testes desiderant.

eaque L. Falcidiae subiiciunt.

Quod mixta ex iure Romano sint aestimanda.

§. IV. Quod vero insignem hanc inter vtramque pactorum dotalium speciem, §. I. adductam, constituerint differentiam, in caussa est praeiudicium illud vulgatum, quod pacta *mixta* ad tramitem *iuris Romani* reducenda, ex iis explicanda, et ita accipienda, vt cum eo, tanquam vnico omnium iurium fonte, conueniant, iuxta principium vulgatum: consuetudinem et statuta ex iure Romano supplenda, interpretanda, et restringenda, ne nimis ab eo recedant. Et cum ex quotidiana Germaniae obseruarent praxi, in pactis dotalibus *de successione coniugum* quam saepissime disponi, nullum vero fundamentum pro sustinenda hac dispositione in *iure Romano* deprehenderent, quippe quo quaelibet pacta dotalia erant simplicia, et non nisi de *dote*, *donatione propter nuptias* aliisque conueniri, minime vero successio futura determinari poterat, vt *cap. I. §. I.* latius demonstraui; aliud fundamentum pro defendenda horum pactorum successoriorum validitate, ex *iure Romano* inuestigarunt, comparantes ea cum *m. c. donatione*, cui videbantur esse simillima, adeoque iura in *m. c. donatione* obtinentia ad haecce pacta ex iure Romano optime trahi posse, vt, quae in *m. c. donatione* iuris, in hisce quoque iuris esse debeant. Quo principio semel assumto, prono alueo ex eodem sequentes fluxere conclusiones: *Quemadmodum* m. c. donatio *vltimis voluntatibus* accedit, et sic quinque ad minimum testes praesentes requirit; *l. f. C. de m. c. donat. l. f. §. 3. C. de iure codicill.* ita quoque pacta dotalia mixta, in vim vltimae voluntatis contracta, eosdem supponere, *arg. ex dict. text.* ducto. Quemadmodum porro quaelibet vltima voluntas quocunque tempore ad extremum vsque vitae spiritum est reuocabilis et mutabilis; eodem modo haecce pacta reuocabilia esse concluserunt, *arg. l. 4. D. de adim. vel transf. legat. l. 32. §. 32. D. de donat. inter*

iuxta naturam m. c. donationis.

inde conclusiones erroneae vnctae.

ter V. et V. Vlterius, vt m. c. donatio, licet 500. solidos excedat, necessitati insinuationis non subiacet; ita haecce pacta dotalia sine illa valere, docuerunt. Denique vt m. c. donatarius ex titulo succedit singulari, hic vero *ius succedendi vniuersale* et *hereditarium* non constituit, et sic alius adhuc heres vel *ab intestato*, vel *ex testamento* supponendus est, cui ad minimum quartam ex L. Falcidia etiam a m. c. donatione detrahere iura permittunt; *l. 5. l. 12. C. ad L. Falcid. l. 2. C. de m. c. donat.* eodem modo coniugem superstitem ex hisce pactis succedentem non *heredem*, sed *successorem* esse *singularem*, tradunt, vt heredibus ab intestato Falcidiam ab iis, quae pactis dotalibus superstiti relicta sunt, deducere sit integrum. *arg. l. 35. §. 3. de legat. 3.* HAHN ad *Wesenbec. tit. ad L. Falcid. n. 6.* ANTON. FABER. in *cod. lib. 6. tit. 26. def. 1. verb. sed quoad Falcid.* Liquet ergo ex adductis, interpretes in explicatione pactorum dotalium (vt vocant) mixtorum, vnice ad *iura Romana* respexisse, et ex comparatione horum cum mortis causa donationibus conclusiones has traxisse, ab vnoque ad alterum argumenta bona fide duxisse. HARPPRECHT *cit. l.*

§. V. Quam vero incongrue horum pactorum validitas ex *iure Romano* deriuetur, quam inconcinne principia iuris Romani plane his pactis contraria in explicanda horum pactorum natura assumantur, vel ex iis apparet, quae *cap. I. §. IV. et V.* adducta sunt; ostensum enim fuit *loco citato*, iura Romana *pacta successoria* regulariter in genere improbasse, nec minus quoque pacta coniugum dotalia successionem determinantia in specie annullasse; minus ergo recte asseritur, principia *iuris Romani*, quibus haecce pacta plane contrariantur, his quoque commode applicari posse. In con- *Principia iuris Rom. in his admitti nequeunt.*

nec a m. c. donatione argumentum trahi.

confeſſo ſane eſt, ſi *pacta ſucceſſoria* inter coniuges cum donatione m. c. conferri, et inde explicari poſſent, Romanos ICtos nunquam in hanc prolapſos fuiſſe ſententiam, vt cenſuerint, pacta hæc eſſe prorſus inania, nullius efficaciæ, et fruſtratoria; ſed potius æque vt diſſentientes illa ex hoc fonte explicuiſſent, et validitatem eorum agnouiſſent; quod tamen minime factum eſt. Qua ratione ergo diuerſa dubiam traxit ſententia mentem, vt ICtis Romanis dicam ſcribere, et tamen ex horum doctrina argumenta depromere intenderint? ſane hoc nihil inconcinnius dici fingique potuit. Facile vero liquet, iurium patriorum neglectam culturam in cauſa fuiſſe, vt ad fontes alienas proruerent, et contradictoria conciliare ſtuderent.

vnice ex iure Germ. explicanda.

Enimuero hæc pacta ſunt merum iuris *Germanici patriique* inſtitutum, adeoque etiam ex hoc tanquam fonte ſuo legitimo iura eorundem vnice haurienda ſunt et deducenda. Nec enim ſana ratio permittit, vt *ius Romanum* cum *Germanico*, contradictoria hoc caſu fouente principia, inuicem coniungi, et ab vno ad aliud argumenta trahi debeat. Sunt itaque omnes concluſiones, quotquot ex iure Romano ad hæc pacta trahuntur, meri errores, inſtituto quippe Germanico inapplicabiles. Docet natura rei et recta ratio, *inſtituta Romana* ex *iuribus Romanis*, tanquam hiſce propriis; *Germanica* vero ex *patriis* vnice eruenda eſſe *legibus* et iuribus, cum præterea *cap. præced.* iam obſeruatum demonſtratumque fuerit, iura Romana in Germania demum *in ſubſidium*, in defectu *iurium domeſticorum*, poſt receptionem eorundem applicanda, quoad hanc materiam vero nunquam adoptata eſſe, ſed iuribus patriis ab omni æuo Germanos hoc in paſſu inſtitiſſe. Liquet porro, validitatem horum pactorum, a *m. c. donatione* argumento

Inde conclu-

tracto, fruſtra adſtrui. Sunt enim mera *pacta* et *conuentiones*,

nes, successionem futuram inter coniuges determinantes, ex principiis *cap. præced.* traditis defendendæ et explicandæ, et sic sua sponte conclusiones erroneæ, ex eo deriuatæ principio, quod pacta dotalia mixta sint *m. c. donationibus* æquiparanda, corruunt, doctrina pariter de *quinque testibus* in pactis hisce ineundis necessariis euanescit, quam solennitatem nec pacta, nec iura Germanica in hisce pactis vnquam desiderarunt. Falsum porro est, superstitem ex pactis dotalibus succedentem non fieri *heredem* vniuersalem, sed *successorem singularem* ad instar m. c. donatarii habendum, quin potius *veros heredes* esse successores ab intestato, adeoque et his iura et commoda, *heredibus* in iure tributa, non esse deneganda, sed optimo iure adiudicanda. Corruit dogma commune: pacta hæc ad instar m. c. donationis quolibet momento mutari, alteroque contrahentium etiam inuito et dissentiente, ab vno reuocari corrigique posse.

siones ex iure Romano deducta erroneæ sunt.

§. VI. Destructa itaque hactenus doctrina interpretum communi: quod hæcce pacta ex *m. c. donatione* sint interpretanda, et sic vltimis voluntatibus in sensu iuris Romani assumtis accedant, earumque naturam assumant, loco eius substituo principium simplicius, quo vnice ducti sunt Germani: eadem ex *natura* et *fide conuentionum communi*, vt vera pacta, vnice esse æstimanda, et sic quoque *immutabilia* et *irreuocabilia* esse debere, quod ex sequentibus colligo fundamentis: α) quia sunt *conuentiones* et *vera pacta*, et sic quoque natura et iure pactorum communi, a Germanis nullibi in diuersos tracto effectus, gaudere debent, quorum natura hæc est, vt, quæ in iisdem ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de O. et A.* adeoque sua natura sint *irreuocabilia*, et non nisi vtriusque contrahentium

Principium principale, ex natura pactorum communi deductum, quod sint irreuocabilia.

quia sunt vera pacta.

um consensu dissolui denuo queant, in quo principio Germani ex *fide data* vnice substiterunt, nec reuocabilitatem pactorum promiscuam agnouerunt. Praeterea β) donationes m. c. quidem etiam *mutuo consensu*, olim etiam per *stipulationem*, ineuntur; palam tamen est, harum institutum proprium fuisse Romanis, nec in iis de *vniuersali successione* actum, Germanis vero adeo ante receptionem iuris Romani ignoratum, vt pacta haec successoria inierint contraxerintque, antequam iurium Romanorum noua et Germanis incognita instituta inualescerent. Ex quo fluit, a Germanis haec *pacta successoria* semper sancte culta et irreuocabilia habita fuisse, eosque, recepto iure Romano, haud admisisse, vt ex hoc principia plane contraria sumerentur iuxta doctrinam legistarum. Iam dudum pronunciauerat TACITUS de *mor. German. testamentum apud Germanos nullum fuisse*, quod de *vltimae voluntatis dispositione* quauis intelligendum, solis Romanis propria, Germanis ignorata. Nihil his *fide* sanctius: illis testamentis nihil prius nec potius, in quibus *leges* bonis suis dabant *domesticas*, voluntati cuiuscunque *legislatoris domestici* subiectas. Iubebant, vetabant, *formulisque legum* in disponendo vtebantur; imo in donatione m. c. peculiari talique formula vtebantur, qua se ab omni vinculo in vita sua immunes fore, declarabant, atque inde demum morte confirmabatur. Inde vero euidentissimum est, falsissimum et erroneum esse: haec pacta successoria esse *donationes m. c.*, quam thesin *§§. praeced.* iam satis superque destruxi. γ) Id ipsum iam dudum ICti plurimi obseruarunt, quorum consensu hoc Germaniae dogma assertum confirmatumque. Etenim HARPPRECHT *in tr. acad. de success. tract. 4. th. 17. n. 6.* fatetur: *Pacta eiusmodi successoria irreuocabilia effici posse, quod in huiusmodi pactionibus talia, haud raro, verba,* *non*

donationes m. c. merum sunt institutum Romanum, Germanis ignotum.

Hanc sententiam ICti optima nota calculo suo confirmant: Harpprecht,

non tam ex imperitia Notariorum, iſtas tabulas ſcribentium, quam ex ſeria et enixa paciſcentium voluntate, inſerta occurrant, quæ, tametſi de futura hereditaria atque vniuerſali ſucceſſione ſint concepta talem paciſcentium voluntatem quod hæc ipſa conuentio de ſucceſſione nulli reuocationi obnoxia eſſe debeat, haud obſcure ad oculos iudicantium ponat. IDEM *n. 7. ſqq.* quoque plura allegat locorum ſtatuta, *irreuocabilitatem* eiusmodi pactorum ex retento iure priſco patrio approbantia et confirmantia. Agnoſcunt quoque veritatem aſſerti ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7. et 8.* GAIL. *obſ. 126. n. 3. 4. et 5.* ex eo: *quod eiusmodi pacta ſint contractus, in eiusque vim valeant, in quibus reuocationi altero inuito locus non ſit.* Hoc ipſo deſtruunt diſtinctionem vulgatam inter *ſimplicia* et *mixta*, adſeruntque, omnia hæc pacta vnius eiusdemque naturæ fuiſſe, quibuscunque conceptis verbis formulisque, parumque quoad hunc effectum intereſſe, ſiue de re *particulari*, ſiue de *vniuerſali ſucceſſione* fuiſſent compoſita. Iam Imperator in *l. 15. C. de teſtam.* quoad inſtitutionem heredum ſuſtulerat verba antiqua ſolennia, et qualiacunque *prædicata* admiſerat, quæ proinde, obſeruante STRYKIO *in V. M. tit. de hered. inſtit. §. 1.* vocantur *communia*, quod et *inſtitutioni heredum* et *legatis* atque *fideicommiſſis* communia ſint, ſive dixeris: **haben, behalten,** ſiue vero: **erben, erblich beſitzen.** Nec amplius in *legatis* aliqua ſupereſt verborum figura, ſed hæc ſunt exæquata *fideicommiſſis*, et prorſus libera. Quocirca in teſtamentis id modo refert, vtrum prædicatum tribuatur *vniuerſitati rerum et iurium*, v. c. **ſoll alle meine Güter haben;** vel: **die Halbſchied aller meiner Güter haben;** an vero bonis particularibus: **ſoll mein Land-Guth N. haben,** vt illo caſu inſtitutionem deſignet heredis, hoc vero legatum. Quid ergo ineptius eſt, quam ex *prædicato*

Faber,

Gailius,

in *pactis* hisce discrimen aliquod exstruere velle, quod iam Romani in omni vltima voluntate, etiam in *legatis*, sustulerunt? Ad *obiectum* potius etiam in hisce pactis respiciendum vnice, vt, si assignata superstiti *vniuersitas rerum et iurium*: si de *successione vniuersali* siue in *omnia* bona, siue in *quotam* eorum actum, coniux superstes ex hoc pacto *heres verus* et *successor vniuersalis* constitutus sit *irreuocabiliter* mutuo consensu. Id iura Romana non permittebant, nec talem *successionem* ex pactis agnoscebant, multo minus ergo ea iure donationis m. c. subsistere credebant; id quod, qui hodiernis pactis attribuunt, apertissime iuri Romano dicam scribunt. Laudant praeterea et aequitati conuenientissimam pronunciant sententiam eorum, qui pacta haec *irreuocabilia* esse statuunt, HAHN *de conclus. rer. concl. 72. n. 12.* et MVSCVL. *de success. conuent. membr. 1. n. 34. 35. et 36.* ex hisce rationibus: *quod fraudibus hoc modo optime occurratur, ne vnus coniugum vana promissione alterum decipere, ac promissa pro lubitu reuocatione sine vllo eius merito deludere possit. Et licet rationem vltimae voluntatis quoad effectum deferendae hereditatis sortiantur, esse tamen eadem pacta, et modum ex his succedendi conuentionalem, et sic ex natura conuentionum irreuocabilem.*

Hahnius, Musculus,

§. VII. Ex sola *honestatis* et *aequitatis* ratione fundamentum irreuocabilitatis deducit SANDE *in comment. ad consuetud. Geldr. feud. tit. 2. cap. 3. n. 15.* aiens: *Moribus nostris admodum fauorabiles sunt non modo legitimae successiones, quae legibus publicis deferuntur, sed et LL. antenuptiales, praesentibus propinquis amicisque confectae, vt vix aequum et honestati publicae conueniens videatur, eas priuata dispositione vel pactione rescindi aut immutari.* Licet vero ea, quae *aequitati* et *honestati* sunt contraria, non statim eo ipso ligent *iure perfe-*

Sande,

perfecto, et sic fundamento lubrico autoris sententia fulciri videatur; in thesi tamen, ex rationibus in antecedentibus adductis, assertio eiusdem verissima, et magis ad *mores* Germaniæ *priscos* quam legum peregrinarum principia composita est. Alio incedit ratiocinio FONTANELLA *de pact. nupt. cl. 4. gl. 9. part. 1. n. 34.* sequentia adducens: *Donationes, in pactis nuptialibus factæ, pars et portio censentur esse contractus matrimonii, in quo fiunt, et prius inter partes, vt ita fierent, tractata, quæ proinde vt ipsum matrimonium fiunt irreuocabiles.* Aliam *cl. 5. gloss. 8. part. 12. num. 56. et 57.* addit rationem: *quod verosimiliter alias matrimonium non fuisset secutum, et præterea tabulæ nuptiales præsentibus propinquis et amicis conficiantur, qui ideo conuocari soleant, vt pactis dotalibus præsentes sint, et affinitati legem dicant, omniaque prudentia sua et autoritate moderentur. Quod ergo in tam celebri cœtu vno omnium propinquorum consensu placuit, decet perpetuum esse, nec aliquo pacto infringi posse.* Ad minimum ex his rationibus liquet, α) contrahentes regulariter ignorare hoc pactorum discrimen; quin potius β) ea fuisse mente, vt sancte id, quod promissum, coleretur, et seruaretur, quod etiam clausulæ, quæ passim in iis occurrunt, designant. Sanioribus et solidioribus ex principiis suo calculo adducta confirmat I. S. STRYK *in diss. de testam. coniug. recip. §. 86.* aitque: *Capitula dotalia, quoad omnes partes in totum nullo alio modo regulariter, quam vtriusque coniugis accedente consensu, infirmari possunt atque rescindi. Istud enim, quod de successione hoc modo constitui queat, totum ex* FONTIBVS IVRIVM GERMANICORVM *deriuatum est, atque ex iisdem quoque per consequens diiudicandum. Sed pactorum eam semper fuisse naturam et indolem apud Germanos, vt seruarentur, non ignotum est.* Licet vero laudati autores

Fontanella.

Strykius.

in rationibus, pro sua sententia adductis, varient; in eo tamen omnes conueniunt, quod *irreuocabilitatem* hisce pactis omnes vno ore concedant et adstruant. Idem quoque adstruit CAROL. de MEAN *in iure ciuili Leod. obs. 520. n. 2. in f.* et inprimis LAMBERTVS GORIS *aduers. iuris tr. III. p. 2. c. 2.* hanc doctrinam ex *iure patrio* adstruit, et contrariis respondet, adserendo: (a) non sequi, testamentorum vsu recepto, liberum esse parentibus aliisque vltimo suo elogio reuocare, quod volentes scientesque tabulis antenuptialibus promiserunt; quod scilicet, salua *fide pactorum*, ex iure prisco repetenda, hæc receptio facta: (b) non obstare vulgatum illud, quod hac ratione auferatur libera testandi facultas; id enim pacta, quæ præualent adhuc iure hodierno, omnino permittere, recte censet. *Sic patet*, ait, *multum inter se differre iuris communis et patriæ consuetudinis principia, illis prolixe fauentibus vltimis testantium voluntatibus; his contra conuentionibus inter viuos de futura successione, non sine verosimili odio contra vsum testamentorum.* Addit post pauca optime: *Accedit etiam non contemnenda ratio, quod, concessa hac libertate reuocandi in testamentis, nemo fere certus esse possit de iis, quæ conciliando matrimonio promissa fuerunt; aperta ita via se inuicem decipiendi speciosis illectamentis.*

Carol. de Mean, Lambert. Goris.

Illustratur hac sententia ex LL. Ripuariis,

§. VIII. Id ipsum quoque δ) ipsæ Germaniæ leges antiquæ euincunt probantque. Etenim *in LL. Ripuar. cap. 37.* haecce occurrit constitutio: *Si quis mulierem desponsauerit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconuulsum maneat.* Eandem MARCVLFVS *form. 48.* circa finem adduxit dispositionem: *Propterea per præsens præceptum decernimus ac iubemus, vt dum*

Formulis Marculf.

tali-

taliter supra scriptis illis decreuit voluntas, et per manum nostram inuicem condonatum esse dignoscitur, per hoc praeceptum robustissimum, iure suffultum atque firmatum, quicquid superius continetur auxiliante Domino et nostra gratia debeat persudare, ita vt nulla refragatione nec de parte fisci nostri, nec a parentibus, eorum propinquis, nec a quocunque possit conuelli, nisi omni tempore maneat inconuulsum. Idem confirmat *form. 49.* in fine, hisce verbis: *Si qui vero, quod futurum esse non credimus, de heredibus nostris, vel quicunque contra hanc donationem, vnde inter nos vno tempore conscriptos firmauimus, venire aut infringere voluerit, nullatenus valeat euindicare, sed inferat partibus vestris cum cogente fisco auri lib. tant. argent. tantum. Praesens vero epistola in nullo possit conuelli, sed firma et inlibata permaneat.* conf. *form. 67. 68. et 69. in fin.* similesque, ex quibus clausulae, *irreuocabilitatem pactorum* eiusmodi arguentes, colligi queunt. *Leges* etiam Germanicae *hodiernae* passim ab antiquis illis temporibus*) principium hocce retinuerunt et stabiliuerunt. Innuit hoc satis clare die Fürstliche Oelnische Landes-Ordnung *de anno 1610.* die *Priuilegien* und Gerechtsame des Ritter-Standes betreffend, *art. 3. part. III.* sequentem in modum constituens: Jedoch sollen Heuraths-Beredungen, pacta dotalia und andere Abreden, so da Kraft eines letzten Willens mit sich bringen, unverbrüchlich gehalten werden. Idem *in Statut. Hamburg. p. II. tit. II. §. 12.* dispositum est: Obschon nach denen aufgerichteten und vollenzogenen Ehezärtern, ein der Eheleuthe hernacher ein Testament oder disposition seines letzten Willens, wie es mit seinen nachgelassenen Gütern zu halten, verfassen lassen würde; so mag doch solch Testament den vollenzogenen Ehezärtern in den Puncten, die demselben wircklich seyn einverleibet, nicht

et legibus hodiernis.

 prae-

præiudiciren. In *ducatu Würtenbergico* talia pacta itidem *irreuocabilia* censentur, vt constat ex *iur. prouinc. P. III. tit. 8.* **und wenn dergleichen;** quod illustrat BESOLDVS *in disput. ad cit. l. iur. Wurtenb. p. 125.* eorumque firmitatem ex hac formula: **sollen dieselbe steiff gehalten werden,** deducit, etiamsi de *futura successione* disponant: **so wol ihrer Kinder, oder anderer, als der Eheleuthe selbsten** *Succession* **halber** ꝛc. conf. LVNIG *in collect. nou. priuileg. et prærogat.* **der mittelbahren Ritterschaft in Teutschland** *part. I. pag. 266. in fin.* Hæc tam late excutere necesse non fuisset, nisi iura Romana, a plerisque cœco assumta impetu, et ad quælibet instituta, etiam *Germanica*, ob status Romani Germanicique diuersitatem sæpissime admodum incongrue applicata, iura domestica deprauassent, maximasque in hacce materia produxissent confusiones.

Reuocatio horum pactorum fieri nequit, vel inter viuos, vel vltima voluntate.

§. IX. Posito ergo et stabilito principio: *quod pacta hæc coniugum successoria nil aliud sint, quam vera pacta et conuentiones iuris gentium*, nec in vim vltimarum voluntatum, in sensu *iuris Romani*, argumento a *m. c. donatione* ad hæcce pacta frustra tracto, valeant, sed ex propriis suis, *cap. I. §. V. seq.* exhibitis, explicanda et deriuanda sint fontibus; otiosa et frustranea est distinctio a quibusdam tradita inter *reuocationem*, quæ fit actu *inter viuos*, et quæ interueniente quadam fit *vltima voluntate*. Natura enim et indoles conuentionum iuris gentium communis (quorsum et hæc referenda sunt *pacta*) ita comparata est, vt nec actu *inter viuos*, nec *vltima voluntate*, altero paciscentium inuito et dissentiente, reuocari et immutari queant, sed *indistincte* sint irreuocabilia. Reiecit iam hanc distinctionem VOETIVS *in commentar. ad D. tit. de pact. dot. n. 59.* ita edisserens: *Sciendum*

endum est, actu inter viuos nullam conuentionum antenuptialium fieri posse mutationem, siue priuatim coniuges suam circa mutanda declarauerint voluntatem, siue solenniter apud acta vel adhibito cum testibus tabellione. Pergit itaque *n. 62. cit. loc. Multo minus in præiudicium superstitis contra haecce pacta disponi potest testamento aut alia qualibet vltima voluntate, cum certissimi iuris sit, ius illud, quod ex pacto duorum vni semel quæsitum est, eidem dissentienti et inuito, ab altero paciscentium per pœnitentiam auferri et reuocari non posse.* conf. RINGLER *de pact. illustr. success. pag. 42.* ANNAEVS ROBERTVS *lib. 1. rer. iudic. c. 15. p. m. 290. sq.* asserens, etiam in Galliæ regno sine vlla *reuocationis* spe talia valere pacta. Corruit quoque ex eodem principio vulgaris interpretum doctrina: *quinque* ad minimum *testibus* præsentibus haecce pacta, ad instar m. c. donationis habita, esse ineunda; debetur enim hæc erronea conclusio falso supposito, §. V. supra refutato: ex *donationibus m. c.* pacta nostra esse explicanda; quo reiecto, veriorique ibidem substituto, conclusio quoque mutanda erit. Agnoscit id ipsum ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7.* Ait enim: *Si in contractu matrimonii adiicitur talis pactio*, (de futura scilicet inter coniuges successione) *eadem non tam vltimæ voluntatis iure censeri debet, quam* PACTI *et donationis ob causam, videlicet vt sequatur matrimonium, quod fortassis et verisimiliter alioquin non sequeretur. Ideoque nec septem testium numerum requirit, nec alias testamentorum solennitates.* Ad fundamentum vero ab autore adductum, ex *donatione modali* petitum, prouolare necesse non præcise videtur, cum ex communi pactorum indole et natura, in antecedentibus tradita, sua sponte hæc conclusio *de iure Germanico* fluat.

Nec quinque testes sunt necessarii.

§. X.

præiudiciren. In *ducatu Würtenbergico* talia pacta itidem *irreuocabilia* censentur, vt constat ex *iur. prouinc. P. III. tit. 8.* und wenn dergleichen; quod illustrat BESOLDVS *in disput. ad cit. l. iur. Wurtenb. p. 125.* eorumque firmitatem ex hac formula: sollen dieselbe steiff gehalten werden, deducit, etiamsi de *futura successione* disponant: so wol ihrer Kinder, oder anderer, als der Eheleuthe selbsten *Succession* halber rc. conf. LVNIG *in collect. nou. priuileg. et prærogat.* der mittelbahren Ritterschaft in Teutschland *part. I. pag. 266. in fin.* Hæc tam late excutere necesse non fuisset, nisi iura Romana, a plerisque cœco assumta impetu, et ad quælibet instituta, etiam *Germanica*, ob status Romani Germanicique diuersitatem sæpissime admodum incongrue applicata, iura domestica deprauassent, maximasque in hacce materia produxissent confusiones.

Reuocatio horum pactorum fieri nequit, vel inter viuos, vel vltima voluntate.

§. IX. Posito ergo et stabilito principio: *quod pacta hæc coniugum successoria nil aliud sint, quam vera pacta et conuentiones iuris gentium*, nec in vim vltimarum voluntatum, in sensu *iuris Romani*, argumento a *m. c. donatione* ad hæcce pacta frustra tracto, valeant, sed ex propriis suis, *cap. I. §. V. seq.* exhibitis, explicanda et deriuanda sint fontibus; otiosa et frustranea est distinctio a quibusdam tradita inter *reuocationem*, quæ fit actu *inter viuos*, et quæ interueniente quadam fit *vltima voluntate.* Natura enim et indoles conuentionum iuris gentium communis (quorsum et hæc referenda sunt *pacta*) ita comparata est, vt nec actu *inter viuos*, nec *vltima voluntate*, altero paciscentium inuito et dissentiente, reuocari et immutari queant, sed *indistincte* sint irreuocabilia. Reiecit iam hanc distinctionem VOETIVS *in commentar. ad D. tit. de pact. dot. n. 50.* ita edisserens: *Sciendum*

endum est, actu inter viuos nullam conuentionum antenuptialium fieri posse mutationem, siue priuatim coniuges suam circa mutanda declarauerint voluntatem, siue solenniter apud acta vel adhibito cum testibus tabellione. Pergit itaque *n. 62. cit. loc. Multo minus in praeiudicium superstitis contra haecce pacta disponi potest testamento aut alia qualibet vltima voluntate, cum certissimi iuris sit, ius illud, quod ex pacto duorum vni semel quaesitum est, eidem dissentienti et inuito, ab altero paciscentium per poenitentiam auferri et reuocari non posse.* conf. RINGLER *de pact. illustr. success. pag. 42.* ANNAEVS ROBERTVS *lib. 1. rer. iudic. c. 15. p. m. 290. sq.* asserens, etiam in Galliae regno sine vlla *reuocationis* spe talia valere pacta. Corruit quoque ex eodem principio vulgaris interpretum doctrina: *quinque* ad minimum *testibus* praesentibus haecce pacta, ad instar m. c. donationis habita, esse ineunda; debetur enim haec erronea conclusio falso supposito, §. V. supra refutato: ex *donationibus m. c.* pacta nostra esse explicanda; quo reiecto, veriorique ibidem substituto, conclusio quoque mutanda erit. Agnoscit id ipsum ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7.* Ait enim: *Si in contractu matrimonii adiicitur talis pactio,* (de futura scilicet inter coniuges successione) *eadem non tam vltimae voluntatis iure censeri debet, quam* PACTI *et donationis ob causam, videlicet vt sequatur matrimonium, quod fortassis et verisimiliter alioquin non sequeretur. Ideoque nec septem testium numerum requirit, nec alias testamentorum solennitates.* Ad fundamentum vero ab autore adductum, ex *donatione modali* petitum, prouolare necesse non praecise videtur, cum ex communi pactorum indole et natura, in antecedentibus tradita, sua sponte haec conclusio *de iure Germanico* fluat.

Nec quinque testes sunt necessarii.

§. X.

Quod mixta ex iure Romano sint aestimanda.

§. IV. Quod vero insignem hanc inter vtramque pactorum dotalium speciem, §. I. adductam, constituerint differentiam, in causa est praeiudicium illud vulgatum, quod pacta *mixta* ad tramitem *iuris Romani* reducenda, ex iis explicanda, et ita accipienda, vt cum eo, tanquam vnico omnium iurium fonte, conueniant, iuxta principium vulgatum: consuetudinem et statuta ex iure Romano supplenda, interpretanda, et restringenda, ne nimis ab eo recedant. Et cum ex quotidiana Germaniae obseruarent praxi, in pactis dotalibus *de successione coniugum* quam saepissime disponi, nullum vero fundamentum pro sustinenda hac dispositione in *iure Romano* deprehenderent, quippe quo quaelibet pacta dotalia erant simplicia, et non nisi de *dote*, *donatione propter nuptias* aliisque conueniri, minime vero successio futura determinari poterat, vt *cap. I. §. I.* latius demonstraui; aliud fundamentum pro defendenda horum pactorum successoriorum validitate, ex *iure Romano* inuestigarunt, comparantes

iuxta naturam m. c. donationis.

ea cum *m. c. donatione*, cui videbantur esse simillima, adeoque iura in *m. c. donatione* obtinentia ad haecce pacta ex iure Romano optime trahi posse, vt, quae in *m. c. donatione* iuris, in hisce quoque iuris esse debeant. Quo principio semel assumto, prono alueo ex eodem sequentes fluxere conclusiones:

inde conclusiones erroneae tractae.

Quemadmodum m. c. donatio *vltimis voluntatibus* accedit, et sic quinque ad minimum testes praesentes requirit; *l. f. C. de m. c. donat. l. f. §. 3. C. de iure codicill.* ita quoque pacta dotalia mixta, in vim vltimae voluntatis contracta, eosdem supponere, *arg. ex dict. text.* ducto. Quemadmodum porro quaelibet vltima voluntas quocunque tempore ad extremum vsque vitae spiritum est reuocabilis et mutabilis; eodem modo haecce pacta reuocabilia esse concluserunt, *arg. l. 4. D. de adim. vel transf. legat. l. 32. §. 32. D. de donat. inter*

inter

ter V. et V. Vlterius, vt m. c. donatio, licet 500. solidos excedat, necessitati insinuationis non subiacet; ita hæcce pacta dotalia sine illa valere, docuerunt. Denique vt m. c. donatarius ex titulo succedit singulari, hic vero *ius succedendi vniuersale* et *hereditarium* non constituit, et sic alius adhuc heres vel *ab intestato*, vel *ex testamento* supponendus est, cui ad minimum quartam ex L. Falcidia etiam a m. c. donatione detrahere iura permittunt; *l. 5. l. 12. C. ad L. Falcid. l. 2. C. de m. c. donat.* eodem modo coniugem superstitem ex hisce pactis succedentem non *heredem*, sed *successorem* esse *singularem*, tradunt, vt heredibus ab intestato Falcidiam ab iis, quæ pactis dotalibus superstiti relicta sunt, deducere sit integrum. *arg. l. 35. §. 3. de legat. 3.* HAHN ad *Wesenbec. tit. ad L. Falcid. n. 6.* ANTON. FABER. in *cod. lib. 6. tit. 26. def. 1. verb. sed quoad Falcid.* Liquet ergo ex adductis, interpretes in explicatione pactorum dotalium (vt vocant) mixtorum, vnice ad *iura Romana* respexisse, et ex comparatione horum cum mortis causa donationibus conclusiones has traxisse, ab vnoque ad alterum argumenta bona fide duxisse. HARPPRECHT *cit. l.*

§. V. Quam vero incongrue horum pactorum validitas ex *iure Romano* deriuetur, quam inconcinne principia iuris Romani plane his pactis contraria in explicanda horum pactorum natura assumantur, vel ex iis apparet, quæ *cap. I. §. IV. et V.* adducta sunt; ostensum enim fuit *loco citato*, iura Romana *pacta successoria* regulariter in genere improbasse, nec minus quoque pacta coniugum dotalia successionem determinantia in specie annullasse; minus ergo recte asseritur, principia *iuris Romani*, quibus hæcce pacta plane contrariantur, his quoque commode applicari posse. In

Principia iuris Rom. in his admitti nequeunt.

 con-

nec a m. c. donatione argumentum trahi. confesso sane est, si *pacta successoria* inter coniuges cum donatione m. c. conferri, et inde explicari possent, Romanos ICtos nunquam in hanc prolapsos fuisse sententiam, vt censuerint, pacta hæc esse prorsus inania, nullius efficaciæ, et frustratoria; sed potius æque vt dissentientes illa ex hoc fonte explicuissent, et validitatem eorum agnouissent; quod tamen minime factum est. Qua ratione ergo diuersa dubiam traxit sententia mentem, vt ICtis Romanis dicam scribere, et tamen ex horum doctrina argumenta depromere intenderint? sane hoc nihil inconcinnius dici fingique potuit. Facile vero liquet, iurium patriorum neglectam culturam in causa fuisse, vt ad fontes alienas proruerent, et contradictoria conciliare studerent. *vnice ex iure Germ. explicanda.* Enimuero hæc pacta sunt merum iuris *Germanici patriique* institutum, adeoque etiam ex hoc tanquam fonte suo legitimo iura eorundem vnice haurienda sunt et deducenda. Nec enim sana ratio permittit, vt *ius Romanum* cum *Germanico*, contradictoria hoc casu fouente principia, inuicem coniungi, et ab vno ad aliud argumenta trahi debeat. Sunt itaque omnes conclusiones, quotquot ex iure Romano ad hæc pacta trahuntur, meri errores, instituto quippe Germanico inapplicabiles. Docet natura rei et recta ratio, *instituta Romana* ex *iuribus Romanis*, tanquam hisce propriis; *Germanica* vero ex *patriis* vnice eruenda esse *legibus* et iuribus, cum præterea *cap. præced.* iam obseruatum demonstratumque fuerit, iura Romana in Germania demum *in subsidium*, in defectu *iurium domesticorum*, post receptionem eorundem applicanda, quoad hanc materiam vero nunquam adoptata esse, sed iuribus patriis ab omni æuo Germanos hoc in passu institisse. Liquet porro, validitatem horum pactorum, a *m. c. donatione* argumento tracto, frustra adstrui. *Inde conclu-* Sunt enim mera *pacta* et *conuentiones,*

nes, successionem futuram inter coniuges determinantes, ex principiis *cap. præced.* traditis defendendæ et explicandæ, et sic sua sponte conclusiones erroneæ, ex eo deriuatæ principio, quod pacta dotalia mixta sint *m. c. donationibus* æquiparanda, corruunt, doctrina pariter de *quinque testibus* in pactis hisce ineundis necessariis euanescit, quam solennitatem nec pacta, nec iura Germanica in hisce pactis vnquam desiderarunt. Falsum porro est, superstitem ex pactis dotalibus succedentem non fieri *heredem* vniuersalem, sed *successorem singularem* ad instar m. c. donatarii habendum, quin potius *veros heredes* esse successores ab intestato, adeoque et his iura et commoda, *heredibus* in iure tributa, non esse deneganda, sed optimo iure adiudicanda. Corruit dogma commune: pacta hæc ad instar m. c. donationis quolibet momento mutari, alteroque contrahentium etiam inuito et dissentiente, ab vno reuocari corrigique posse. *siones ex iure Romano deducta erronea sunt.*

§. VI. Destructa itaque hactenus doctrina interpretum communi: quod hæcce pacta ex *m. c. donatione* sint interpretanda, et sic vltimis voluntatibus in sensu iuris Romani assumtis accedant, earumque naturam assumant, loco eius substituo principium simplicius, quo vnice ducti sunt Germani: eadem ex *natura* et *fide conuentionum communi*, vt vera pacta, vnice esse æstimanda, et sic quoque *immutabilia* et *irreuocabilia* esse debere, quod ex sequentibus colligo fundamentis: α) quia sunt *conuentiones* et *vera pacta*, et sic quoque natura et iure pactorum communi, a Germanis nullibi in diuersos tracto effectus, gaudere debent, quorum natura hæc est, vt, quæ in iisdem ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de O. et A.* adeoque sua natura sint *irreuocabilia*, et non nisi vtriusque contrahentium *Principium principale, ex natura pactorum communi deductum, quod sint irreuocabilia. quia sunt vera pacta.*

nec a m. c. donatione argumentum trahi.

confeſſo ſane eſt, ſi *pacta ſucceſſoria* inter coniuges cum donatione m. c. conferri, et inde explicari poſſent, Romanos ICtos nunquam in hanc prolapſos fuiſſe ſententiam, vt cenſuerint, pacta hæc eſſe prorſus inania, nullius efficaciæ, et fruſtratoria; ſed potius æque vt diſſentientes illa ex hoc fonte explicuiſſent, et validitatem eorum agnouiſſent; quod tamen minime factum eſt. Qua ratione ergo diuerſa dubiam traxit ſententia mentem, vt ICtis Romanis dicam ſcribere, et tamen ex horum doctrina argumenta depromere intenderint? ſane hoc nihil inconcinnius dici fingique potuit. Facile vero liquet, iurium patriorum neglectam culturam in cauſa fuiſſe, vt ad fontes alienas prorucrent, et contradictoria conciliare ſtuderent.

vnice ex iure Germ. explicanda.

Enimuero hæc pacta ſunt merum iuris *Germanici patriique* inſtitutum, adeoque etiam ex hoc tanquam fonte ſuo legitimo iura eorundem vnice haurienda ſunt et deducenda. Nec enim ſana ratio permittit, vt *ius Romanum* cum *Germanico*, contradictoria hoc caſu fouente principia, inuicem coniungi, et ab vno ad aliud argumenta trahi debeat. Sunt itaque omnes concluſiones, quotquot ex iure Romano ad hæc pacta trahuntur, meri errores, inſtituto quippe Germanico inapplicabiles. Docet natura rei et recta ratio, *inſtituta Romana* ex *iuribus Romanis*, tanquam hiſce propriis; *Germanica* vero ex *patriis* vnice eruenda eſſe *legibus* et iuribus, cum præterea *cap. præced.* iam obſeruatum demonſtratumque fuerit, iura Romana in Germania demum *in ſubſidium*, in defectu *iurium domeſticorum*, poſt receptionem eorundem applicanda, quoad hanc materiam vero nunquam adoptata eſſe, ſed iuribus patriis ab omni æuo Germanos hoc in paſſu inſtitiſſe. Liquet porro, validitatem horum pactorum, a *m. c. donatione* argumento tracto, fruſtra adſtrui. Sunt enim mera *pacta* et *conuentiones*,

Inde conclu-

nes, successionem futuram inter coniuges determinantes, ex principiis *cap. præced.* traditis defendendæ et explicandæ, et sic sua sponte conclusiones erroneæ, ex eo deriuatæ principio, quod pacta dotalia mixta sint *m. c. donationibus* æquiparanda, corruunt, doctrina pariter de *quinque testibus* in pactis hisce ineundis necessariis euanescit, quam solennitatem nec pacta, nec iura Germanica in hisce pactis vnquam desiderarunt. Falsum porro est, superstitem ex pactis dotalibus succedentem non fieri *heredem* vniuersalem, sed *successorem singularem* ad instar m. c. donatarii habendum, quin potius *veros heredes* esse successores ab intestato, adeoque et his iura et commoda, *heredibus* in iure tributa, non esse deneganda, sed optimo iure adiudicanda. Corruit dogma commune: pacta hæc ad instar m. c. donationis quolibet momento mutari, alteroque contrahentium etiam inuito et dissentiente, ab vno reuocari corrigique posse.

siones ex iure Romano deducta erroneæ sunt.

§. VI. Destructa itaque hactenus doctrina interpretum communi: quod hæcce pacta ex *m. c. donatione* sint interpretanda, et sic vltimis voluntatibus in sensu iuris Romani assumtis accedant, earumque naturam assumant, loco eius substituo principium simplicius, quo vnice ducti sunt Germani: eadem ex *natura* et *fide conuentionum communi*, vt vera pacta, vnice esse æstimanda, et sic quoque *immutabilia* et *irreuocabilia* esse debere, quod ex sequentibus colligo fundamentis: α) quia sunt *conuentiones* et *vera pacta*, et sic quoque natura et iure pactorum communi, a Germanis nullibi in diuersos tracto effectus, gaudere debent, quorum natura hæc est, vt, quæ in iisdem ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fiant necessitatis, *l. 5. C. de O. et A.* adeoque sua natura sint *irreuocabilia*, et non nisi vtriusque contrahentium

Principium principale, ex natura pactorum communi deductum, quod sint irreuocabilia.

quia sunt vera pacta.

um

um consensu dissolui denuo queant, in quo principio Germani ex *fide data* vnice substiterunt, nec reuocabilitatem pactorum promiscuam agnouerunt. Praeterea β) donationes m. c. quidem etiam *mutuo consensu*, olim etiam per *stipulationem*, ineuntur; palam tamen est, harum institutum proprium fuisse Romanis, nec in iis de *vniuersali successione* actum, Germanis vero adeo ante receptionem iuris Romani ignoratum, vt pacta haec successoria inierint contraxerintque, antequam iurium Romanorum noua et Germanis incognita instituta inualescerent. Ex quo fluit, a Germanis haec *pacta successoria* semper sancte culta et irreuocabilia habita fuisse, eosque, recepto iure Romano, haud admisisse, vt ex hoc principia plane contraria sumerentur iuxta doctrinam legistarum. Iam dudum pronunciauerat TACITVS de *mor. German. testamentum apud Germanos nullum fuisse*, quod de *vltimae voluntatis dispositione* quauis intelligendum, solis Romanis propria, Germanis ignorata. Nihil his *fide* sanctius: illis testamentis nihil prius nec potius, in quibus *leges* bonis suis dabant *domesticas*, voluntati cuiuscunque *legislatoris domestici* subiectas. Iubebant, vetabant, *formulisque legum* in disponendo vtebantur; imo in donatione m. c. peculiari talique formula vtebantur, qua se ab omni vinculo in vita sua immunes fore, declarabant, atque inde demum morte confirmabatur. Inde vero euidentissimum est, falsissimum et erroneum esse: haec pacta successoria esse *donationes m. c.*, quam thesin *§§. praeced.* iam satis superque destruxi. γ) Id ipsum iam dudum ICti plurimi obseruarunt, quorum consensu hoc Germaniae dogma assertum confirmatumque. Etenim HARPPRECHT *in tr. acad. de success. tract. 4. th. 17. n. 6.* fatetur: *Pacta eiusmodi successoria irreuocabilia effici posse, quod in huiusmodi pactionibus talia, haud raro, verba,* *non*

donationes m. c. merum sunt institutum Romanum, Germanis ignotum.

Hanc sententiam ICti optima nota calculo suo confirmant: Harpprecht,

non tam ex imperitia Notariorum, istas tabulas scribentium, quam ex seria et enixa paciscentium voluntate, inserta occurrant, quae, tametsi de futura hereditaria atque vniuersali successione sint concepta talem paciscentium voluntatem quod haec ipsa conuentio de successione nulli reuocationi obnoxia esse debeat, haud obscure ad oculos iudicantium ponat. IDEM *n. 7. sqq.* quoque plura allegat locorum statuta, *irreuocabilitatem* eiusmodi pactorum ex retento iure prisco patrio approbantia et confirmantia. Agnoscunt quoque veritatem asserti ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7. et 8.* GAIL. *obs. 126. n. 3. 4. et 5.* ex eo: *quod eiusmodi pacta sint contractus, in eiusque vim valeant, in quibus reuocationi altero inuito locus non sit.* Hoc ipso destruunt distinctionem vulgatam inter *simplicia* et *mixta*, adseruntque, omnia haec pacta vnius eiusdemque naturae fuisse, quibuscunque conceptis verbis formulisque, parumque quoad hunc effectum interesse, siue de re *particulari*, siue de *vniuersali successione* fuissent composita. Iam Imperator in *l. 15. C. de testam.* quoad institutionem heredum sustulerat verba antiqua solennia, et qualiacunque *praedicata* admiserat, quae proinde, obseruante STRYKIO *in V. M. tit. de hered. instit. §. 1.* vocantur *communia*, quod et *institutioni heredum* et *legatis* atque *fideicommissis* communia sint, siue dixeris: haben, behalten, siue vero: erben, erblich besitzen. Nec amplius in *legatis* aliqua superest verborum figura, sed haec sunt exaequata *fideicommissis*, et prorsus libera. Quocirca in testamentis id modo refert, vtrum praedicatum tribuatur *vniuersitati rerum et iurium*, v. c. soll alle meine Güter haben; vel: die Halbschied aller meiner Güter haben; an vero bonis particularibus: soll mein Land-Guth N. haben, vt illo casu institutionem designet heredis, hoc vero legatum. Quid ergo ineptius est, quam ex *praedicato*

Faber,
Gailius,

in *pactis* hisce discrimen aliquod exstruere velle, quod iam Romani in omni vltima voluntate, etiam in *legatis*, sustulerunt? Ad *obiectum* potius etiam in hisce pactis respiciendum vnice, vt, si assignata superstiti *vniuersitas rerum et iurium:* si de *successione vniuersali* siue in *omnia* bona, siue in *quotam* eorum actum, coniux superstes ex hoc pacto *heres verus* et *successor vniuersalis* constitutus sit *irreuocabiliter* mutuo consensu. Id iura Romana non permittebant, nec talem *successionem* ex pactis agnoscebant, multo minus ergo ea iure donationis m. c. subsistere credebant; id quod, qui hodiernis pactis attribuunt, apertissime iuri Romano dicam scribunt. Laudant praeterea et aequitati conuenientissimam pronunciant sententiam eorum, qui pacta haec *irreuocabilia* esse statuunt, HAHN *de conclus. rer. concl. 72. n. 12.* et MVSCVL. *de success. conuent. membr. 1. n. 34. 35. et 36.* ex hisce rationibus: *quod fraudibus hoc modo optime occurratur, ne vnus coniugum vana promissione alterum decipere, ac promissa pro lubitu reuocatione sine vllo eius merito deludere possit. Et licet rationem vltimae voluntatis quoad effectum deferendae hereditatis sortiantur, esse tamen eadem pacta, et modum ex his succedendi conuentionalem, et sic ex natura conuentionum irreuocabilem.*

Hahnius, Musculus,

Sande,

§. VII. Ex sola *honestatis* et *aequitatis* ratione fundamentum irreuocabilitatis deducit SANDE *in comment. ad consuetud. Geldr. feud. tit. 2. cap. 3. n. 15.* aiens: *Moribus nostris admodum fauorabiles sunt non modo legitimae successiones, quae legibus publicis deferuntur, sed et LL. antenuptiales, praesentibus propinquis amicisque confectae, vt vix aequum et honestati publicae conueniens videatur, eas priuata dispositione vel pactione rescindi aut immutari.* Licet vero ea, quae *aequitati* et *honestati* sunt contraria, non statim eo ipso ligent *iure perfe-*

perfecto, et sic fundamento lubrico autoris sententia fulciri videatur; in thesi tamen, ex rationibus in antecedentibus adductis, assertio eiusdem verissima, et magis ad *mores* Germaniæ *priscos* quam legum peregrinarum principia composita est. Alio incedit ratiocinio FONTANELLA *de pact. nupt. cl. 4. gl. 9. part. 1. n. 34.* sequentia adducens: *Donationes, in pactis nuptialibus factæ, pars et portio censentur esse contractus matrimonii, in quo fiunt, et prius inter partes, vt ita fierent, tractata, quæ proinde vt ipsum matrimonium fiunt irreuocabiles.* Aliam *cl. 5. gloss. 8. part. 12. num. 56. et 57.* addit rationem: *quod verosimiliter alias matrimonium non fuisset secutum, et præterea tabulæ nuptiales præsentibus propinquis et amicis conficiantur, qui ideo conuocari soleant, vt pactis dotalibus præsentes sint, et affinitati legem dicant, omniaque prudentia sua et autoritate moderentur. Quod ergo in tam celebri cœtu vno omnium propinquorum consensu placuit, decet perpetuum esse, nec aliquo pacto infringi posse.* Ad minimum ex his rationibus liquet, α) contrahentes regulariter ignorare hoc pactorum discrimen; quin potius β) ea fuisse mente, vt sancte id, quod promissum, coleretur, et servaretur, quod etiam clausulæ, quæ passim in iis occurrunt, designant. Sanioribus et solidioribus ex principiis suo calculo adducta confirmat I. S. STRYK *in diss. de testam. coniug. recip. §. 86.* aitque: *Capitula dotalia, quoad omnes partes in totum nullo alio modo regulariter, quam vtriusque coniugis accedente consensu, infirmari possunt atque rescindi. Istud enim, quod de successione hoc modo constitui queat, totum ex* FONTIBVS IVRIVM GERMANICORVM *deriuatum est, atque ex iisdem quoque per consequens diiudicandum. Sed pactorum eam semper fuisse naturam et indolem apud Germanos, vt seruarentur, non ignotum est.* Licet vero laudati autores

Fontanella.

Strykius.

in rationibus, pro sua sententia adductis, varient; in eo tamen omnes conueniunt, quod *irreuocabilitatem* hisce pactis omnes vno ore concedant et adstruant. Idem quoque adstruit CAROL. de MEAN *in iure ciuili Leod. obs. 520. n. 2. in f.* et inprimis LAMBERTVS GORIS *aduers. iuris tr. III. p. 2. c. 2.* hanc doctrinam ex *iure patrio* adstruit, et contrariis respondet, adserendo: (a) non sequi, testamentorum vsu recepto, liberum esse parentibus aliisque vltimo suo elogio reuocare, quod volentes scientesque tabulis antenuptialibus promiserunt; quod scilicet, salua *fide pactorum*, ex iure prisco repetenda, hæc receptio facta: (b) non obstare vulgatum illud, quod hac ratione auferatur libera testandi facultas; id enim pacta, quæ præualent adhuc iure hodierno, omnino permittere, recte censet. *Sic patet*, ait, *multum inter se differre iuris communis et patriæ consuetudinis principia, illis prolixe fauentibus vltimis testantium voluntatibus; his contra conuentionibus inter viuos de futura successione, non sine verosimili odio contra vsum testamentorum.* Addit post pauca optime: *Accedit etiam non contemnenda ratio, quod, concessa hac libertate reuocandi in testamentis, nemo fere certus esse possit de iis, quæ conciliando matrimonio promissa fuerunt; aperta ita via se inuicem decipiendi speciosis illectamentis.*

Carol. de Mean, Lambert. Goris.

Illustratur hac sententia ex LL. Ripuariis,

§. VIII. Id ipsum quoque δ) ipsæ Germaniæ leges antiquæ euincunt probantque. Etenim *in LL. Ripuar. cap. 37.* hæcce occurrit constitutio: *Si quis mulierem desponsauerit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconuulsum maneat.* Eandem MARCVLFVS *form. 48.* circa finem adduxit dispositionem: *Propterea per præsens præceptum decernimus ac iubemus, vt dum*

Formulis Marculf.

tali-

taliter supra scriptis illis decreuit voluntas, et per manum nostram inuicem condonatum esse dignoscitur, per hoc praeceptum robustissimum, iure suffultum atque firmatum, quicquid superius continetur auxiliante Domino et nostra gratia debeat persudare, ita vt nulla refragatione nec de parte fisci nostri, nec a parentibus, eorum propinquis, nec a quocunque possit conuelli, nisi omni tempore maneat inconuulsum. Idem confirmat *form. 49.* in fine, hisce verbis: *Si qui vero, quod futurum esse non credimus, de heredibus nostris, vel quicunque contra hanc donationem, vnde inter nos vno tempore conscriptos firmauimus, venire aut infringere voluerit, nullatenus valeat euindicare, sed inferat partibus vestris cum cogente fisco auri lib. sant. argent. tantum. Praesens vero epistola in nullo possit conuelli, sed firma et inlibata permaneat.* conf. *form. 67. 68. et 69. in fin.* similesque, ex quibus clausulae, *irreuocabilitatem pactorum* eiusmodi arguentes, colligi queunt. *Leges* etiam Germanicae *hodiernae* passim ab antiquis illis temporibus *e*) principium hocce retinuerunt et stabiliuerunt. Innuit hoc satis clare **die Fürstliche Oelnische Landes-Ordnung** *de anno 1610.* **die** *Priuilegi*en **und Gerechtsame des Ritter-Standes betreffend**, *art. 3. part. III.* sequentem in modum constituens: Jedoch sollen Heuraths-Beredungen, pacta dotalia und andere Abreden, so da Kraft eines letzten Willens mit sich bringen, unverbrüchlich gehalten werden. Idem *in Statut. Hamburg. p. II. tit. II. §. 12.* dispositum est: Obschon nach denen aufgerichteten und vollenzogenen Ehezärtern, ein der Eheleuthe hernacher ein Testament oder disposition seines letzten Willens, wie es mit seinen nachgelassenen Gütern zu halten, verfassen lassen würde; so mag doch solch Testament den vollenzogenen Ehezärtern in den Puncten, die denselben wircklich seyn einverleibet, nicht

et legibus hodiernis.

 prae-

praeiudiciren. In *ducatu Würtenbergico* talia pacta itidem *irreuocabilia* censentur, vt constat ex *iur. prouinc. P. III. tit. 8.* und wenn dergleichen; quod illustrat BESOLDVS *in disput. ad cit. l. iur. Wurtenb. p. 125.* eorumque firmitatem ex hac formula: sollen dieselbe steiff gehalten werden, deducit, etiamsi de *futura successione* disponant: so wol ihrer Kinder, oder anderer, als der Eheleuthe selbsten *Succession* halber ꝛc. conf. LVNIG *in collect. nou. priuileg. et praerogat.* der mittelbahren Ritterschaft in Teutschland *part. I. pag. 266. in fin.* Haec tam late excutere necesse non fuisset, nisi iura Romana, a plerisque coeco assumta impetu, et ad quaelibet instituta, etiam *Germanica*, ob status Romani Germanicique diuersitatem saepissime admodum incongrue applicata, iura domestica deprauassent, maximasque in hacce materia produxissent confusiones.

Reuocatio horum pactorum fieri nequit, vel inter viuos, vel vltima voluntate.

§. IX. Posito ergo et stabilito principio: *quod pacta haec coniugum successoria nil aliud sint, quam vera pacta et conuentiones iuris gentium*, nec in vim vltimarum voluntatum, in sensu *iuris Romani*, argumento a *m. c. donatione* ad haecce pacta frustra tracto, valeant, sed ex propriis suis, *cap. I. §. V. seq.* exhibitis, explicanda et deriuanda sint fontibus; otiosa et frustranea est distinctio a quibusdam tradita inter *reuocationem*, quae fit actu *inter viuos*, et quae interueniente quadam fit *vltima voluntate*. Natura enim et indoles conuentionum iuris gentium communis (quorsum et haec referenda sunt *pacta*) ita comparata est, vt nec actu *inter viuos*, nec *vltima voluntate*, altero paciscentium inuito et dissentiente, reuocari et immutari queant, sed *indistincte* sint irreuocabilia. Reiecit iam hanc distinctionem VOETIVS *in commentar. ad D. tit. de pact. dot. n. 59.* ita edisserens: *Sciendum*

endum est, actu inter viuos nullam conuentionum antenuptialium fieri posse mutationem, siue priuatim coniuges suam circa mutanda declarauerint voluntatem, siue solenniter apud acta vel adhibito cum testibus tabellione. Pergit itaque *n. 62. cit. loc. Multo minus in praeiudicium superstitis contra haecce pacta disponi potest testamento aut alia qualibet vltima voluntate, cum certissimi iuris sit, ius illud, quod ex pacto duorum vni semel quaesitum est, eidem dissentienti et inuito, ab altero paciscentium per poenitentiam auferri et reuocari non posse.* conf. RINGLER *de pact. illustr. success. pag. 42.* ANNAEVS ROBERTVS *lib. 1. rer. iudic. c. 15. p. m. 290. sq.* asserens, etiam in Galliae regno sine vlla *reuocationis* spe talia valere pacta. Corruit quoque ex eodem principio vulgaris interpretum doctrina: *quinque* ad minimum *testibus* praesentibus haecce pacta, ad instar m. c. donationis habita, esse ineunda; debetur enim haec erronea conclusio falso supposito, §. V. supra refutato: ex *donationibus m. c.* pacta nostra esse explicanda; quo reiecto, veriorique ibidem substituto, conclusio quoque mutanda erit. Agnoscit id ipsum ANTON. FABER *in cod. lib. 5. tit. 9. def. 7.* Ait enim: *Si in contractu matrimonii adiicitur talis pactio,* (de futura scilicet inter coniuges successione) *eadem non tam vltimae voluntatis iure censeri debet, quam* PACTI *et donationis ob caussam, videlicet vt sequatur matrimonium, quod fortassis et verisimiliter alioquin non sequeretur. Ideoque nec septem testium numerum requirit, nec alias testamentorum solennitates.* Ad fundamentum vero ab autore adductum, ex *donatione modali* petitum, prouolare necesse non praecise videtur, cum ex communi pactorum indole et natura, in antecedentibus tradita, sua sponte haec conclusio *de iure Germanico* fluat.

Nec quinque testes sunt necessarii.

§. X.

Successor pactitius non est singularis.

§. X. Eidem lubrico principio quoque subiectus est error ille communis: superstitem ex pactis dotalibus succedentem *successorem* esse *singularem*, ad instar m. c. donatarii habendum, adeoque *heredes ab intestato* successores nihilominus vniuersales hoc casu manere, illisque detractionem quartæ Falcidiæ ab iis, quæ pactis dotalibus relicta fuerunt, esse concedenda *arg. l. 35. §. 3. D. de leg. 3.* Enimuero *cap. I.* latius fuit demonstratum, Germanos heredes non alios, quam *legitimos* et *pactitios*, testamentis demum in Germania post receptionem iuris Romani cognitis, agnouisse; pacta vero quælibet successoria, contra iuris Romani scita, approbasse. Probatum quoque fuit ibidem fusius, iura Romana in Germania iura *patria* et *domestica* nunquam potuisse eradicare quoad materiam *pactitiæ successionis*, quin potius Germanos ab omni æuo iuribus propriis hoc in passu instituisse. Est igitur *successor pactitius*, et sic quoque coniux superstes ex pactis dotalibus succedens, non *successor* quidam *singularis*, sed potius *vnicus et verus heres*, nec extra illum alius ab intestato, per pactitium quippe exclusus. Quod etiam agnoscunt plerique interpretes, concedendo heredi pactitio tum *hereditatis petitionem conuentionalem*, tum remedium ex *l. f. C. de edict. D. Hadriani tollendo*, quod fieri non posset, nisi *pactitius heres* æque esset *verus*, *vnicus* et *vniuersalis* heres, vt testamentarius. Nullo igitur iuris vero fundamento *detractionem quartæ Falcidiæ* heredibus ab intestato hoc casu concedunt CARPZOV. BERLICH. aliique, pactitiam tamen successionem in Germania agnoscentes, quæ simul subsistere nequeunt. Concipi enim nequit, quomodo is, qui heres esse nequit, detractionem Falcidiæ exercere possit contra *heredem verum*, cui tamen soli hancce integram esse docet *pr. inst. ad L. Falcid.* si ex ipsis quoque

sed vniuersalis.

Detractio quartæ Falcidiæ non competit heredi ab intestato.

que

que iuribus Romanis rationes ſubducendæ ſunt, a quo tamen hac in materia abſtinendum eſſe, in antecedentibus toties quoties monitum. Addicit CARPZOV. *P. 3. C. 12. def. 3. et 4.* nouam quæſtionem: An non ſaltim parentibus, pactis dotalibus ſuperſtiti vniuerſalem tribuentibus ſucceſſionem, non obſtantibus, ad minimum ſalua eſſe debeat legitima? ad quam affirmatiue reſpondet ſequenti incedens argumento: *Sicuti ſtatutum generaliter diſponens parentum legitimam non excludit; ita nec pacta dotalia verbis indefinitis concepta.* Enimuero 1) iura Romana (quorum inuentum ſine dubio eſt *legitima*) ad ſcita iuris Germanici hic iterum inconcinne applicantur: 2) a caſu *ſtatuti* ad caſum *pacti* argumentum trahi non poteſt; parentes enim, dum vel ipſimet pacta hæc liberis condunt, vel ſaltim iis ſubſcribunt, (quos caſus CARPZOV. expreſſe *cit. loc.* ſupponit,) per talia facta contrarium ſatis innuunt et iuri ſuo renunciant. Sciunt enim, illud his pactis agi, vt omnia prædefuncti bona, qualiacunque fuerint, ſine vlla *reſeruatione*, ad ſuperſtitem perueniant coniugem, in quod cum conſentiunt, nihilque ex iis reſeruarunt ſibi, beneficio iuris Romani frui noluerunt, et ſic iis inpoſterum obſtat regula iuris: ad iura renunciata non datur regreſſus. Denique dum conſentiunt parentes in mutuam ſucceſſionem vniuerſalem futurorum coniugum, eo modo conſenſum ei dediſſe videntur, qui iuri patrio conformis eſt, quo talis *legitima* ignorata fuit. Sine dubio tamen conſultius eſt, vt parentes expreſſe *legitimæ* renuncient, quo omnis callida interpretatio inpoſterum excludatur. *An legitima debeatur parentibus?*

§. XI. Ex omnibus hactenus adductis, et principio §. IX. repetito, facile denique conuellitur *vtilitas diſtinctionis* *Diſtinctio inter pacta ſimplicia et mix-*

ra non magnum habet visum.

praecipua pactorum dotalium in *simplicia* per modum *contractus*, et *mixta* in *vim vltimae voluntatis*, vt loquuntur, inita. Impingit quippe eadem 1) in naturam et indolem *vltimarum voluntatum*, quibus successio vniuersalis constituitur, quae vnius tantum assensu et voluntate consistunt; *l. 1. D. qui test. fac. poss.* e contrario negari nequit, expressa partium mutua conuentione haecce pacta successoria esse fulcita. 2) Supponit, pactis hereditatem non transferri, cuius contrarium *cap. I.* euictum est. Denique 3) haec distinctio merum glossatorum et causidicorum est inuentum, qui ex verborum inani captatione magnam, sine solido legum fundamento, iurium effinxerunt differentiam, hunc in finem, vt, prout ipsis fuerit visum, pacta haec facile euertere, et ex vno forsan verbo lites inanes excitare queant. Quocirca quoque TITIVS *in obseru. ad comp. Lauterb. tit. de pact. dot. obs.* 77. sequentia ad hancce annotauit distinctionem: *Absurdum est*, inquit, *verba captare, ac a vocabulis diuersa suspendere iura, ita incommoda huius cauillationis sunt euidentia; nam prout incompositus affectus impulerit, actus h. f. celebratus, vel a coniugibus, vel ab aliis euertitur, id quod eo facilius procedit, quo incertiora nonnunquam sunt indicia, quibus vltimam voluntatem et pactum distingui volunt.* Hanc tamen vtilitatem habebit distinctio, vt, si ex *mixtis* superstiti *vniuersalis successio* delata, heredes ab intestato prorsus excludantur, et *heres pactitius* in vniuersum ius defuncti succedat; sin *simplicia* inita fuerint de bonis particularibus, superfit adhuc *successio ab intestato*, quam etiam admitto, si vel maxime de *quota hereditatis* successio delata fuerit, v. gr. auf die halbe Erbschaft. Non enim iure patrio prohibetur quis habere pro parte heredem pactitium et

Praecipua eius vtilitas.

here-

heredem ab intestato, nec, quod in *testamentis* cautum, ad successionem pactitiam pertinet.

§. XII. Coronidis loco exempla quaedam pactorum successoriorum, inter coniuges illustres initorum, maioris illustrationis et confirmationis ergo adiicere lubet. Refert LVNIG *in spicil. secular.* des Teutschen Reichs-*Archivs*, *part. 1. p. 160.* hanc de successione, pactis dotalibus zwischen Graf Wolfgang Dietrichen zu Castell und Fräulein *Dorothea Renata*, Gräfin von Zinzendorf, insertam dispositionem: Dafern aber auf unser zeitlich Ableiben unsere künfftige Gemahlin, Fräulein Dorothea Renata, ohne Leibes-Erben von uns in Wittib-Stand verlassen würde, so sollen Ihre Liebden ebenmäßig nicht allein vorerwehnte ihre Mobilien, sondern auch von dem unsrigen weiter folgen und eigenthümlich zufallen, an aller Fahrniß, an Baarschafft, Silbergeschirr, Hausrath, Leinwath, Bettgewandt, Vorrath an Wein, Früchten, Zug-Pferden, groß und kleinem Vieh, Schiff, Geschirr und andern dergleichen, die Helffte. Additur in fine pactorum subscriptio et confirmatio agnatorum his verbis: Solches alles und jedes, so oben geschrieben und von Puncten zu Puncten diesem Receß einverleibet ist, gereden und versprechen wir Wolfgang Dietrich, Graf zu Castell, und wir Amalia, verwittibte Gräfin von Zinzendorf und Pattendorf, gebohrne Gräfin von Dietrichstein, bey unsern wahren Worten, auch Gräflichen Treu und Glauben, steet, fest und unverbrüchlich zu halten, getreulich und ohne Gefehrde. Und wir mit unterschriebene Agnaten verbinden uns und unsere Erben hiermit kräfftiglichst, das, was vermittelst unsers Herrn Bruders und Vettern Liebden unter Dero Hand und Siegel, Dero Gemahlin,

Exempla horum pactorum.

 tam

tam ex pactis dotalibus, quam ex testamento, vel quouis alio titulo iusto, vermacht worden, oder noch geschehen mögte, in kein disputat zu ziehen. Dessen zu wahrer Uhrkundt haben ꝛc. Sequitur subscriptio paciscentium et agnatorum. Praeterea in der Ehestifftung zwischen Graf *Friedrich Magno*, zu Castell, und der Fräulein *Susanna Iohanna*, Gräfin von Oettingen, inter alia de successione ita disponitur a paciscentibus: Dafern aber auf unser zeitlich Ableben unsere zukünfftige Gemahlin, Fräulein Susanna Johanna, ohne Leibes-Erben von uns im Wittib-Stand verlassen würde, so sollen Ihre Liebden ebenmäßig nicht allein vorerwehnte ihre Mobilien, sondern auch von dem unsrigen weiter folgen und eigenthümlich zufallen, an aller Fahrnuß, an Baarschafft, Silber-Geschirr, Hausrath, Leinwath, Bettgewandt, Vorrath an Wein, Früchten, Zug-Pferden, groß und kleinem Vieh, Schiff und Geschirr und andern dergleichen, die Helffte. Additur in fin. subscriptio paciscentium et agnatorum. conf. LVNIG. *cit. loc. p. 153.*

Alia exempla. §. XIII. Eiusdem fere tenoris dispositio occurrit in der Ehestifftung zwischen Graf Friedrich Eberharden zu Löwenstein-Wertheim, und der Gräflichen Fräulein *Susanna Sophia Louisa*, zu Hohenlohe, adducta a LVNIG. *loc. cit. pag. 503.* Weiter zum dreyzehenden ꝛc. Darzu sollen Ihro Hoch-Gräfliche Gnaden, es seyen gleich Kinder vorhanden, oder nicht, weiter haben die Helffte aller Fahrnuß, so dem Haus nicht afficiret, und Dero Herr Gemahl nach sich gelassen, doch ausgenommen baar Geld, verbriefte Schulden, Pfandschafften, Geschoß, Pferde, Harnisch, und was zur Wehr gehörig ꝛc. Ex quibus apparere autumo satis luculenter, iura patria in materia pactitiae successionis hunc vsque

que

que in diem ab omni tempore in Germania conſeruata, nunquam vero per iuris Romani in Germaniam receptionem, antiquata et abrogata fuiſſe. Peruerſe meo iudicio ageret, qui adductorum pactorum ſucceſſoriorum exempla ex iuris Romani principiis vnice æſtimaret, eademque contra Germanam fidem, et inprimis ſplendorem illuſtrium contrahentium reuocabilia eſſe, maximo eorundem dedecore, ſtatueret affirmaretque. Stet potius pactis noſtris, ex iuribus *domeſticis* et *patriis* iisdem aſſerta validitas et irreuocabilitas: ſeponantur concluſiones iuris *Romani*, vt peregrini, ab inſtitutis Germanicis alienæ; ſic enim omnes errores et confeſſiones, ſepoſito hoc monito ineuitabiles, facillime cognoſcuntur et emendantur.



EXERCITATIO LXXII.
AD PAND. LIB. XXIV. TIT. I.
DE
STATV DONATIONVM
INTER
VIRVM ET VXOREM
ANTIQVO ET HODIERNO.

ARGVMENTVM.

I. II. Moribus Rom. donationes inter coniuges inualidæ. III. An iure Germanico? IV. Status donationum quid? V. Donationis inter coniuges ratio. VI. Iure antiquo inualida. VII. Quod moribus ſeruatum. VIII.

 Ratio

Ratio probibitionis in statu antiquo connubiorum. IX. Triplex connubii ineundi ratio 1) per conferreationem, X. per quam in manum conueniebat vxor. XI. 2) Per coëmtionem. XII. 3) per vsum. XIII. Intra annum vxor nondum conuenerat in manum mariti; XIV. post annum vero quasi per vsucapionem. XV. Huius interruptio per trinoctium. XVI. Nuptiae ex solo consensu. XVII. In statu antiqui connubii ratio continetur inualidae inter coniuges donationis. XVIII. Nouior connubii ratio post permissa diuortia. XIX. XX. In connubiis consensu solo initis cur ius antiquum circa donationes seruatum sit? XXI. Iudicia veterum de iuris nouioris rationibus. XXII-XXIV. Iudicia nouiorum ICtorum. XXV. Rationes accessoriae, quibus ius antiquum confirmatum. XXVI. Probibitio donationum iure nouiori Rom. adstrictior. XXVII. Status donationum inter coniuges hodiernus ex diuerso matrimonii statu. XXVIII. Iure Canonico irritae habentur, XXIX. nisi iureiurando sint firmatae. XXX. De vsu iuris Rom. in hoc argumento. XXXI. Principia iuris Germ. circa donationes. Communio bonorum inter coniuges. XXXII. Inde Donatio bonorum communium consensu vxoris facta. XXXIII. Distinctio inter bona hereditaria et acquisita. Hereditaria non nisi heredum consensu alienata, XXXIV. nec in communionem connubialem vocata, nisi quoad reditus. XXXV. Acquisita bona inter coniuges communia. XXXVI. De hereditariis non valet donatio inter coniuges nec de Gerada. Acquisita inter coniuges sunt communia. XXXVII. Vnde et valida est inter coniuges de acquisitis donatio. XXXVIII. De iure hodierno. Rationes pro

pro iure Rom. XXXIX. Quoad ius Germanicum seruatum sit? Vestigium iuris Germ. in Morgengaba. XL. Eius vsus in nonnullis iuribus prouincialibus et statutariis. XLI. In Saxonia et iure Wurtemberg.

§. I.

Mores populorum gentiumque pro diuersitate *regionis* et *religionis* admodum variant, et sic etiam leges, quæ vtplurimum ad eos sese conformant. Aliis vixerunt moribus Romani: aliis Germani; quid ergo mirandum, quod etiam longe diuersissimas inter se leges habuerint? Ipsa iura, quæ ex *moribus* populorum nata sunt, *mores* ea de causa dicta fuerunt, quod pro *iure legitimo* inter eos, qui iis viuunt moribus, habeantur, et sæpius grauius vinculum obligandi operentur, ac quidem leges ab imperantibus nouiter latæ, vt egregie THOMASIVS *de morum et legum contentione* obseruauit, variisque argumentis confirmauit. Nihil magis naturale est, nihilque magis societatem humani generis conseruat, quam *vinculum connubiale*, et tamen in hac societate naturalissima tam diuersis viuitur moribus, vt fere nulla gens in *iuribus connubialibus* cum altera conspiret, sed quod huic permissum, alii prohibitum; quod huic præceptum, aliis populis interdictum reperiatur.

Introitus de variis hominum moribus, eorumque efficacia imprimis in connubiis

§. II. Singularibus sane moribus inter se viuebant Romani coniuges, qui iura prorsus singularia produxerunt, ad aliarum gentium connubia haut quadrantia. Præclusi fuerunt ab omni *donationum* vsu, quem tamen, seclusis Romanorum moribus, societas coniugum arctissima, et animorum vnio intima desiderare et appetere videtur. Quid enim magis

Sic moribus Rom. donationes inter coniuges inualidæ fuere.

magis amicitiam firmat, animorum et voluntatis consensionem conciliat, affectumque mutuum prodit, quam beneficiorum in eos, quos summe diligimus, transfusio atque collatio, adeo vt in Graecorum prouerbio olim fuerit, *amicorum omnia communia esse*, obseruante CICERONE *l. 1. offic. c. 13.* Quid ergo est, quod Romani ab hoc officio connubiis tam proprio exclusērint coniuges, cum inter amicos ceteros, quos tanta voluntatum conspiratio non coniunxit, liberalitatem leges suadeant, foueant, conseruent? Non absque ratione praegnante id factum fuisse, quilibet mecum constituet, qui compertum habet, Romanos et *prudentia* singulari inclytos, et studio *sapientiae* admodum deditos fuisse, vt necessitas Reipublicae peculiaris quaedam officia, alias inter homines sancte colenda, restringere et coangustare debuerit, id quod etiam in hoc officio coniugibus interdicto vsu venit.

Ex rationibus haud spernendis,

§. III. Quia vero *Germani coniuges* more Romano haut viuunt, quin potius connubia hodierna diuersa plane a Romanis instituta habent, iustissima emergit dubitatio, an et quatenus, recepto iure Romano, inter coniuges in *Germania* restrictus sit donationum vsus, et quo iure hac in re Germani ab antiquo vsi fuerint? Equidem qui ea ducuntur persuasione, creduntque, *ius Romanum* vnicam omnium agendorum regulam esse debere, nec quicquam spirare eruditionem, quod ex penu iuris Romani non fuerit haustum, de *vsu iuris Romani* nullam litem mouebunt, illis tantum obloquentes, qui contra illum fluctus mouerint. Verum sicuti quemlibet suo sensu abundare permitto, ita mihi vitio verti non poterit, si instar *problematis* illa in medium proferam, quae vsum donationum inter coniuges validarum euincunt,

Dubitatur vero, an iisdem moribus vtantur coniuges Germani?

quod problematice excutiendum erit.

cunt, ostenduntque, eos non vnice sapere, qui tantum ex iure Romano sapiunt, cuius vim et potestatem sæpissime non intelligunt, parum præterea curiosi, quid domi geratur, et quibus Germani viuant moribus.

§. IV. Ostendit autem rubrum dissertationis, me acturum esse *de statu donationum inter virum et vxorem antiquo et hodierno*, quo genere loquendi vsus est VLPIANVS *in l. 32. pr. de donat. int. vir. et vxor.* Est autem *status donationum* nihil aliud, quam *conditio* et *ratio* earum *peculiaris*, quæ pro diuersis eorum moribus et qualitate, inter quos fit donatio, variare potest, et sic etiam iura eorundem variant. Pari sensu *in l. 9. §. 1. de duob. reis* de obligatione *status* et *natura* prædicatur, hisque appellationibus ipsa *conditio* eius singularis, *quæ duos ab initio reos fecerat*, designatur, id quod etiam PAPINIANVS in *l. 124. de v. obl.* indigitat his verbis: *neque enim stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex postfacto mutatur.* Alibi statum *conditionem stipulationis* appellat VLPIANVS *in l. 12. §. 3. de solut.* vbi agit de *adiecto*, vt aut mihi aut Titio soluat debitor. Licet enim creditor prohibeat, debitorem Titio soluere, soluendo tamen liberatur, *quia certam conditionem habuit stipulatio, quam mutare non potuit stipulator*, h. e. cum singularem qualitatem et rationem ex voluntate stipulatoris ab initio accepit, debitoris in arbitrio positum est, cui ex duobus nominatis soluere malit. *Status* itaque *rerum moralium* peculiarem *conditionem* denotat, ex qua etiam suis peculiaribus constant iuribus, adeo vt si *status* hic mutetur, etiam iura eorum mutari necesse sit, sicuti cum de *statu personarum* loquuntur ICti, hac appellatione denotant *conditionem personarum*, secundum quam diuersis ab aliis, qui in diuerso sta-

Status donationum denotat peculiarem earum conditionem.

tu sunt, fruuntur iuribus, ita vt, statu earum mutato, mutatio iurium quoque emergat, vt ad *tit. de stat. hom.* interpretes recte obseruant. Quid? quod metaphorice sub *personarum* voce *qualitates hominum* diuersas denotauerint, sicvti histriones sub illis personis, quas sumebant, et viros et foeminas, et reges, et seruos, et diuites, et pauperes, repraesentabant, vt plenius Dn. de BERGER *in tr. de personis seu laruis* declarat.

Donationis ratio succincte designatur.

§. V. Ipsam *donationis* indolem genericam hic non euoluam plenius, sed supponam. Paucis tantum praemoneo, illam esse *actum*, *quo liberalitatis exercendae gratia quid gratis in alterum acceptantem confertur*, indeque est, quod *nullo iure cogente* fieri dicatur in *l. 29. de donat.* quia *liberalitas* virtus est, quae *obligationem imperfectam* habet, antequam ei *pactum* vel *conuentio* accessit. Parum autem refert, vtrum donatio fiat *explicite*, an *implicite*, ita vt per alium contractum celetur, et inuoluatur; item vtrum fiat *directo*, an per *indirectum*, quae omnia plenius euoluit SCIPIO GENTILIS *de donat. int. vir. et vx. l. 1. c. 7. et seqq.* Personae, inter quas donationem factam supponimus, sunt *vir* et *vxor*, legitimo inter se matrimonio, eoque adhuc durante, coniuncti, quorum status peculiaris apud Romanos peculiarem *statum donationum* producebat. Proinde, quia *concubinatus* non erat *iustum matrimonium*, donationes in concubinam collatae simpliciter valebant, nec iis applicari poterant, quae de *statu donationum inter virum et vxorem* in iure prodita erant. *l. 31. pr. de donat.* Similiter nec huc pertinent donationes inter coniuges post *diuortium totale*, quia in eo statu donant, quo coniuges esse desierunt. *l. 11. in fin. l. 12. l. 60. §. 1. de donat. int. vir. et vx.* Denique dum *statum* etiam *hodier-*

et quidem inter legitimos coniuges,

durante coniugio.

hodiernum donationum harum ſub examen reuoco, ſuppono *ſtatum* harum donationum eſſe duplicem *antiquum* Romanis olim proprium, et *hodiernum*, ex Germanorum diuerſis dependentem moribus, atque ex iis vnice æſtimandum, vt liqueat, an *iura Romana* donationibus hodiernis inter virum et vxorem recte et ſana ratione, prout prudentem ICtum decet, applicari queant?

§. VI. De quo vt ſolidum poſſit ferri iudicium, neceſſe erit ante omnia *ſtatum donationum inter virum et vxorem antiquum* ex *moribus Romanorum* euoluere, et deinceps ſtatum eorundem *hodiernum* ſubiungere itidem *ex Germanorum moribus* tractum. Ad illum quod attinet, palam eſt, donationes inter virum et vxorem apud Romanos prohibitas fuiſſe. Atque hæc prohibitio non demum per SEVERVM et ANTONIVM A. V. C. 959. FVLVIO AEMILIANO et NVMMIO ALBINO Coſſ. facta eſt, quin potius antiquitus iam inualuerat hæc prohibitio, atque prælaudati imperatores duntaxat ſenatui auctores fuere, *vt aliquid laxaret ex iuris* antiqui *rigore*, vt ait VLPIANVS *in l. 32. pr. de donat. int. vir. et vx.* et illas donationes in ſtatu ſuo relinqueret, quæ *morte donatoris* eſſent confirmatæ, hoc ante donatarium decedente, nec eam reuocante. *cit. l. §. 2.*

Iam a primordio condita Roma donationes inter coniuges irrita fuerunt.

§. VII. Ad antiquiora ergo tempora aſcendendum, vt *ſtatum harum donationum* inde eruamus. Recte vero obſeruat SCIPIO GENTILIS *cit. tr. l. 1. c. 3.* nullam *legem populi Romani* vel *regiam* extitiſſe, qua donationes inter virum et vxorem interdictæ fuerint. Id ipſum quoque indigitat VLPIANVS *in l. 1. de donat. inter v. et v.* MORIBVS *apud nos receptum eſt, ne inter virum et vxorem donationes valerent,*

Lex ſcripta tamen defuit

ex ſolis moribus antiquis tracta prohibitio.

rent, cum conſtet, *moribus receptum* id dici a ICtis vtplurimum, quod *nulla lege ſcripta* ſancitum, ſed *tacito vſu*, vel per *interpretationem ICtorum forenſem* introductum fuit, quemadmodum ſubſtitutio pupillaris *moribus introducta* dicitur in *l. 2. pr. de vulg. et pupill. ſubſtit.* quia magis iuri ſcripto, quod teſtamenta nomine alterius fieri non permittit, repugnat, et callidis ICtorum inuentionibus, vſu firmatis forenſi, attribuenda eſt, vt ſolide demonſtrat FRANCISCVS DVARRENVS *ad cit. tit.* *More maiorum* ita comparatum eſſe ait VLPIANVS in *l. 5. D. de iurisd.* vt is demum iurisdictionem mandare poſſit, qui eam ſuo iure habet, cum in *magiſtratu* regulariter perſonæ induſtria ſit electa, quæ *operam* alterius *vicariam* non admittit, quæ tamen in magiſtratibus maioribus neceſſario admittenda erat, ex ſtatu Reipublicæ et maiorum magiſtratuum qualitate ſingulari, licet *ſcripta lex* deficeret, inde *more maiorum* transferri iurisdictionem in alium dicitur in *l. 1. §. 1. de offic. eius cui mand. eſt iurisd.*

qui maioribus ab imperatoribus attribuuntur.

§. VIII. Eundem in ſenſum accipio verba imperatoris ANTONINI in *l. 3. pr. de donat. int. vir. et vx.* *Maiores noſtri inter virum et vxorem donationes prohibuerunt*, non quod *lege ſcripta* vnquam de hac re cautum, ſed quod ex *moribus maiorum* hoc fuerit tractum, vt donationes hæ ſubſiſtere non poſſent. Neque enim in *duodecim tabulis* hac de re aliquid cautum deprehenditur, neque quod in *lege Solonis* de donationibus mortis cauſa cauetur, huc pertinet, vt GENTILIS apte obſeruat. *Ad leges et inſtituta populi Romani*, quæ ante leges XII. tabul. fuerunt, hoc referendum eſſe IDEM cenſet, quod poſt earum promulgationem multa permanſerint ex ANTIQVIS MORIBVS, quæ in XII. tabulis

lis haut relata sunt, quo intuitu *ius vetus* dici videtur in *l. 32. §. 10. de donat. inter vir. et vx.* Ita vero vel ex *legibus regiis* hoc deriuandum, quam tamen defecisse ipse GENTILIS indicat, vel *iuri non scripto* ex peculiari *ratione* et *statu* matrimoniorum antiquorum tracto, hoc tribuendum erit, in quod procliuior sum. Cum enim status connubiorum antiquus per XII. tabulas non immutatus fuerit sed continuatus, quemadmodum *status patriae potestatis*, consequens fuit, nec iura inde deducta aboleri potuisse. Necesse itaque erit, *statum connubiorum antiquum* euoluere, et inde interdictas inter coniuges donationes colligere. Neque enim rationes, quae in *l. 1. 2. et 3. pr. de donat. int. v. et v.* occurrunt, *originem interdictarum* donationum demonstrant, quod alioquin *lex scripta* existere debuerit, sed magis ad statum illius temporis, quibus VLPIANVS et SEVERVS cum ANTONINO vixerunt, referendae, vt paulo inferius tradam. *et quidem ex statu connubiorum antique*

§. IX. Tribus videlicet modis matrimonia apud Romanos contracta fuisse notissimum est, quamuis ratio horum trium modorum quibusdam adhuc scopulis obnoxia sit. SERVIVS in *l. 1. Georg. Virgil.* quatenus a deformatione purgatus est, hos ita describit: *Tribus modis apud veteres nuptiae fiebant*, VSV, *si verbi gratia mulier anno vno cum viro, licet sine legibus, fuisset*: FARRE, *cum per pontificem maximum et dialem flaminem per fruges et molem salsam coniungebantur: vnde* CONFARREATIO *appellatur, ex quibus patrimi et matrimi nascebantur*: COEMTIONE *vero atque in manus conuentione, cum illa in filiae locum, maritus in patris veniebat, vt si quis prior fuisset defunctus, locum haereditatis iustum alteri faceret.* Confarreationis ritus mediante quodam *sacrificio* peragebatur, a NVMA forsan, sacrorum *tres modi Romanis antiquitus vsitati ineundi connubium.* *vsu,* *farre,* *coemtione,* *1) confarreationis ritus*

 condi-

conditore, excogitatus, adeoque antiquior ipsis XII. tabulis, quibus sacra Romanorum non sunt mutata, et ita *confarreationis* solennia quoque in suo statu relicta sunt. Ipsa sacra harum nuptiarum paulo plenius explicant PETRVS PITHOEVS *in comm. ad tit. 16. collat. Mosaic. et Rom. leg.* et IACOBVS GVTHERIVS de *vet. iure pontificio l. IV. c. 6. p. 399.* quæ hic intacta relinquo. Paucis duntaxat obseruo, I) ritum hunc non solis patriciis proprium nec cæteros ciues exclusos ab eo fuisse, quod SERVII verba adducta, quæ *indefinite* loquuntur, etiam indicant, et optime obseruatum est in GVNDLINGIAN. *tom. XXXVII. obs. 1. §. 14.* quod ideo addo, vt inde liqueat, *vsum* eius *ordinarium* olim fuisse, quod Romani admodum superstitioni essent dediti, et tam arduum negotium non facile sine *sacrorum interuentu* auspicarentur. vid. §. 24. II) Farre vxorem in *manum mariti* conuenisse, h. e. in potestatem eiusdem, vt *filiæ* loco esset, quod indicat VLPIANVS in *fragm. inst. tit. 9. Farre conuenitur in manum certis verbis et testibus solennibus et solenni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.*

omnibus ciuibus communis

quo vxor in manum mariti conueniebat

§. X. Hoc modo vero femina, quæ vel *emancipatione* vel aliter sui iuris facta erat, *capite minuebatur*, quod *alieni iuris* fieret, et se *capite minuere* diceretur teste CICERONE *in top.* Ait rursus VLPIANVS *tit. XI. §. 13. minima capitis deminutio est, per quam et libertate et ciuitate salua, status duntaxat hominis mutatur: quod fit adoptione et in* MANVM CONVENTIONE. Qua de causa vxor quoque rumpebat testamentum antea conditum, in quo præterita erat, quia marito suo agnascebatur instar filiæ, vt IDEM *t. 23. §. 3.* testatur. Etenim inter *suos heredes* vxor quoque reputabatur,

et capite minuebatur.

cuius effectus varii.

tur, quæ in manu erat, et *nurus*, *quæ in manu erat filii, quem in potestate habemus*, EODEM *teste tit. XXII. §. 14.* adeoque vel instituenda, vel exheredanda erat. Denique sicuti filiifamilias, ob identitatem, *sacrorum priuatorum* participes erant, ita pariter vxor per hanc in *manum conuentionem*, interueniente *confarreatione*, eorundem sacrorum *domesticorum* scilicet communicationem accipiebat, vnde adhuc sine dubio ortum traxit *definitio nuptiarum* a MODESTINO quidem in *l. 1. D. de rit. nupt.* tradita, sed ex antiquis iuris regulis ab eo regustata, quod indicat ipsa inscriptio, docens eam depromtam fuisse ex *lib. 1. regularum*, quo *regulas iuris vetusti* sine dubio congessit. Ait vero: *nuptiæ sunt coniunctio maris et fœminæ et consortium omnis vitæ*, DIVINI ET HVMANI IVRIS COMMVNICATIO. Adhuc GORDIANVS *anno 243.* in *l. 4. C. de crim. expil. hæred.* formula antiqua vsus asseruit, *vxorem sociam rei humanæ atque diuinæ domus suscipi.* Quin quod PAVLVS in *l. 1. rer. amot.* indicet, *societatem vitæ eam quodammodo dominam facere*, quo loquendi vsu etiam ICti de *filiisfamilias* loquentes vti amant.

§. XI. *Coemtio* præterea idem præstabat, adeo vt SERVIVS *conuentionem in manum* et *coemtionem* potissimum coniungat, quod ad instar *mancipii* coemta esse videretur, adeoque in *manu mancipioque matrimonii causa* esset, vt ait GELLIVS *lib. IV. c. 3.* mancipium enim *dominium* quiritarium etiam denotabat per nexum acquisitum. BOETHIVS *in top. Cicer.* ritum huius *coemtionis* hoc modo depingit: *matresfamilias dicebantur, quæ ducebantur per coemtionem, quæ vero vsu, minime* (de quo post.) *Coemtio fiebat, cum sese in coemendo inuicem interogabant: Vir an sibi materfamilias* 2) *Coemtionis ratio*

esse

esse vellet? vbi illa respondebat, velle. Item mulier: an vir sibi paterfamilias esse vellet? ille respondebat, velle. Sicuti autem vxor hoc modo *alieni iuris* fiebat, et *seruitutem liberalem* quodammodo seruiebat, ita quoque marito suo acquirebat, vt liberi et serui. Ait VLPIANVS *tit. XIX. §. 18. acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate* (vt liberos) *manu* (vt vxorem) *mancipioue* (vt seruum) *habemus.* Etenim hic erat primarius *patriæ* et *dominicæ potestatis* effectus, vt qui in potestate aliena essent, nihil sibi *proprii* haberent, *peculio* duntaxat gaudentes, et quicquid acquirebant, hoc ei acquirerent, in cuius *potestate manu, mancipioue* essent. Idem olim obseruauit CICERO *in top. cum mulier viro in manum conuenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* Inde vero simul insignem lucem accipiunt ea, quæ vulgo iuris periti de *operis vxorum,* et *quatenus per eos marito acquiratur*, congerere et obseruare solent, plenius tradita a B. STRYKIO *de operis vxorum.* Neque enim a verosimili alienum est, plures conclusiones ex *statu matrimoniorum antiquo* retentas, et in genere cuiuis connubio tributas fuisse per compilatores, quæ iure vetusto matrimoniis, quibus in manum viro conueniebat vxor, propria erant. Denique AVTOR *collat. leg. Mosaic. et Rom. ex lib. III. inst. Caii* statum vxoris huius hoc modo definit: *Vxor quoque, quæ in manu eius est, ei sua hæres est, quia filiæ loco est, item nurus, quæ in filii manu est, nam et hæc neptis loco est. Sed ita demum erit sua hæres, si filius, cuius in manu erit, dum pater moritur, in potestate eius non sit.*

qua itidem in potestatem mariti deueniebat, eique acquirebat.

§. XII. Grauior dispectio est, quis *status*, quæ *conditio* fuerit matrimonii *vsu* contracti? Id euidens est ex verbis SERVII, tale matrimonium *sine legibus* ratione *originis* initum

Matrimonii per vsum ratio

tum fuisse, *si mulier vno anno*, haut interrupto vsu, *fuisset cum viro*, nulla *confarreatione* nec *coemtione* interueniente. *Vsum* hoc loco in sensu *iuridico* aeque vt in *vsucapione* et in doctrina *interdictorum* de *seruitutibus*, accipiendum esse duo euincunt: α) quod *anni* vsus praecise desideratus fuerit, aeque vt in *vsucapione* rei mobilis, qua per *vsum anni* acquirebatur dominium, si dominus verus *rem mobilem* interim non vindicabat: β) quod *possessio* haec seu *vsus* non debuerit esse interruptus, quod rursus *vsucapioni* accedit. *Interruptio* haec *quieti vsus* vocata fuit *vsurpatio*, vt constat *ex tit. de vsurp. et vsucap.* quae itidem in annuo vsu mulieris, quae *matrimonii causa* apud virum fuit, occurrere, et modum hunc connubii destruere poterat. Vnde GOTHOFREDVS in *quatuor fontib.* tabulae VI. legum primordialium hanc attribuit legem: *mulieris, quae annum matrimonii ergo apud virum remansit, ni trinoctium ab eo vsurpandi ergo absit, vsus esto.* Declarat hanc sententiam GELLIVS *lib. III. c. 2.* referens, *Quintum Mucium ICtum dicere solitum, lege non esse vsurpatam mulierem, quae Kalendis Ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Ianuarias sequentis vsurpatum esset, quia integrum trinoctium non impleuerat.* Addit hanc rationem: *non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro vsurpandi causa ex XII. tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.* Quodsi ergo vxor, quae *sine legibus* confarreationis et coemtionis matrimonii causa cum marito fuerat, mariti mores haut probaret, facile *vsum annuum* interrumpere poterat, per *absentiam integro trinoctio continuatam*, quo ipso illi nullum ius in vxorem ex illo *annuo vsu*, vsurpatione subsecuta, aquisitum erat. Forsan pedetentim hic modus magis placuit his, qui inire nuptias desiderarunt,

per trinoctium non vsurpatum

inprimis vero vxoribus, ne *confarreatione* vel *coemtione* nimium constringerentur, et discedendi facultatem amitterent, vt recte obseruatum est in GVNDLING. *cit. l. §. 26.* Ante omnia explorandi erant mores mariti, vtrum ita essent comparati, vt eius in *manum* vxor venire, et se suaque bona ei committere posset cum capitis diminutione, vnde non leue praeiudicium ei nascebatur.

Status talium vxorum intra annum,

§. XIII. *Status* harum vxorum, quae *vsu* acquirebantur, alius erat *intra annum;* alius *post annum* sine vlla *vsurpatione* transactum. Intra annum statum pristinum haut mutabat, nec in manum mariti transibat, quod demum *post annum* fiebat, si *vsurpatione legitima* abstinuerat. De hac duplici differentia intelligo CICERONEM in *Topic. vxorum duae formae: vna matrumfamilias earum, quae in manum conuenerunt: altera earum, quae tantummodo vxores habentur.* Illae, quod in *familiam* mariti transiuerint, *matresfamilias* dictae fuerunt notanter, sicuti *filiafamilias* illa ipsa est, quae adhuc in sacris paternis est posita; hae vero *matronae* appellatae, quae in matrimonium cum viro conuenerant, quod *nuda conuentione* fiebat, sine *confarreatione*, *coemtione* vel *vsu.* Necesse quippe erat, vt antea *matrimonii causa* coirent, et cohabitarent, si marito per vsum annuum plus iuris accedere debebat. Interim ergo inter se de matrimonio secundum iuris Gentium simplicitatem meram conuenire solebant, vt alter alterius mores perscrutari, et vxor constituere posset, an ipsi consultum foret, vt in manum mariti post annum transiret? GELLIVS *lib. XVIII. c. 6.* hoc suggerit discrimen, et matrona, ait, *dicta est proprie, quae in matrimonium cum viro conuenisset, quoad in eo matrimonio maneret* (h. e. quamdiu nondum in manum mariti conueniret,

quae vocabantur matrona

ret, statumque eius connubii mutaret, et a marito per integrum trinoctium discederet) *etiamsi liberi nondum nati forent* (quod non semper primo anno nondum finito liberi nascerentur) *dictaque est ita a matris nomine non adepto iam, sed cum spe et omine mox adipiscendi, vnde ipsum quoque matrimonium dicitur; mater autem familias, appellata est ea sola, quae in mariti manu, mancipioue, aut eius, in cuius maritus manu mancipioue esset, quoniam non in matrimonium tantum sed in familiam quoque mariti et in sui haeredis locum venisset.* non materfamilias

§. XIV. Vsu annuo continuo, sine *trinoctii integri vsurpatione*, transacto, vxor in manu, mancipioue mariti esse incipiebat, aeque vt alia res mobilis *vsucapione* acquisita. Quod *mancipatio* et *in iure cessio* praestabat, idem etiam poterat efficere *annua possessio;* qua de causa VLPIANVS *tit. I. §. 16.* ait, eum ex iure Quiritum emtorem serui non esse, *quamdiu neque ei mancipatus, neque in iure cessus, neque ab ipso anno possessus sit.* Videlicet, postquam coemtionis ritus matrimoniis adhibitus fuit, (qui sic perficiebatur, vt *libra atque aes adhiberetur, et mulier atque vir inter se quasi emtionem facerent*, qua coemtione facta, *mulier in potestatem viri cedebat, atque ita sustinebat conditionem liberae seruitutis*, vt ait SERVIVS in *lib. IV. Aeneid.*) per *interpretationem forensem* inde collegerunt ICti, idem quoque effici et praestari posse in matrimonio per *annuum vsum* non interruptum, quod *mancipationis ritus* in coemtione more Romano praestabat. Itaque eodem modo post *vsum annuum* in manu mancipioue mariti vxor erat, ac si *coemta* esset, quod optime obseruauit PETRVS PITHOEVS in *comm. ad collat. leg. Mosaic. et Roman. tit. 16.* Praeterea hoc confirmat CICERO *orat. pro L. Flacco* aiens: *In manum conuenerat. Nunc audio.* post annum sine vsurpatione finitum fiebat materfamilias; vsucapione quadam

audio. Sed quæro, vtrum vſu an coemtione? Ergo inde liquet, etiam *vſu* in manum vxores conueniſſe. Addit vero, *vſu non potuit, nihil enim de tutela legitima potuit ſine omnium tutorum auctoritate diminui.* Videlicet iure antiquo mulieres erant vel in *poteſtate patris*, vel hac deficiente in *tutela legitima*, etiamſi iam puberes eſſent, teſte VLPIANO tit. *XI. §. 8.* Si in hac, non aliter in manum mariti tranſire poterat vxor, quam conſenſu omnium tutorum, quod de tutela diſſoluenda, et ſic negotium ſingulorum ageretur. *l. f. C. de autor. præſt.* Fœminæ enim conueniendo in manum capite minuebantur, minima autem capitis deminutione legitimæ tutelæ finiebantur, teſte VLPIANO *tit. XI. §. 9.* Vnde conueniens erat, vt ſi in matrimonium cum marito conuenerat mulier ſimpliciter, non aliter *vſus annuus* marito *ius perfectum* cum præiudicio tutorum attribuere poſſet quam *tutorum omnium conſenſu* accedente, vt in manu eius viri eſſet, quod per *vſum annuum continuumque* ſibi quidem et ſuæ libertati, non vero iuri tutorum præiudicare poſſet mulier, ſicuti pactum inter alios initum aliis non præiudicat. Sicuti pater intra annum filiam reuocare poterat, ita etiam tutores legitimi, niſi in matrimonium conſenſerant; alioquin *vſus* cenſebatur *illegitimus* et *ſine effectu:* hoc conſenſu accedente *annuus vſus* non interruptus plus iuris marito tribuebat, quam antea per *ſimplicem conſenſum* impetrare non poterat.

Interrumpebatur vſus per trinoctium

§. XV. Interrupto vſu per *trinoctium continuum* ſtatum ſuum non mutabat mulier: matrimonii tantum ſtatum ſperatum mutabat. Hoc ex *ſolo conſenſu* perdurabat, adeoque parum diſtabat a *concubinatu*, obſeruantibus PITHOEO et GVTHERIO *cit. ll.* quod *ſine legibus* eſſet ducta vxor, et ſic non *legi-*

legitime, quod illustrat PETR. PERRENONIVS *lib. 1. animadu. c. 9.* (in *thes. iur. Roman. tom. 1.*) Magis tamen praesumendum erat *matrimonium*, quam *concubinatus*, si mulier illa in consuetudine viri erat, quae per legem duci poterat, quod MODESTINVS in *l. 24. de R. N.* his indigitat verbis: *in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt: si non corpore quaestum fecit;* cum meretrice enim legitimae contrahi non poterant nuptiae. Quae cum ita sint, non adeo mirandum est 1) eas vxores, quae solo consensu sine lege ductae erant, vocatas fuisse *iniustas*. Testis est VLPIANVS in *l. 13. §. 1. ad legem Iuliam. de adult.* asserens, virum accusare posse, *siue iusta fuerit vxor, siue iniusta; haec lex enim*, pergit, *ad omnia matrimonia pertinet*, tam quae lege contracta, quam quae solo consensu subsistebant. Alio sensu etiam *iniusta* vxor vocatur, cum qua nuptiae esse nequeunt, quamuis vxoris animo habeatur, quam a priori distinguit VLPIANVS *cit. l. §. 1. et 4.* qualis coitus effectu iuris destitutus erat per *§. pen. inst. de nuptiis*, quod secus erat in *vxore iniusta* in primo significatu, vt optime PERRENONIVS *cit. l. in fin.* obseruat. Alio sensu rursus tale matrimonium, quod solo *consensu* initum erat sine legibus, *iustum* appellatum fuit, quod effectibus iuris in totum non esset destitutum, licet vxor in manum et familiam mariti non transiisset. Notum est, praetorem dare bonorum possessionem vxori ex edicto *vnde vir et vxor*, quod accipi non poterat de vxore legibus ducta, quae postquam in *manum* viri venerat, iure ciuili vt *filiafamilias* succedebat, nec auxilio praetorio indigebat. Ea vero vxor, quae *solo consensu* ducta erat, iure succedendi destituta erat, quam proinde, deficientibus omnibus agnatis et cognatis, praetor vocabat. Et tamen VLPIANVS in *l. 1. vnde vir et vxor* ait: *iustum esse*

Inde solo consensu vxor erat.

matrimonium oportet: cæterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quod minus recte PERRENONIVS *cit. l.* ad illud matrimonium traxit, quod solo consensu contractum erat, nam hoc, licet alio sensu *iniustum* dictum fuerit, auxilium prætoris vnice desiderabat.

Inde duplex matrimonium inualuit,

§. XVI. Inde quoque 2) palam est, duplex matrimonii genus Romanis approbatum fuisse, vnum, quod solo consensu maritali et honore nullo ritu confarreationis et coemtionis; alterum, quod adhibitis solennitatibus et ex legibus factum erat, obseruante etiam PERRENONIO *cit. l. c. 6.* Equidem CAIVS *l. 1. tit. 4. instit.* vtriusque generis meminisse videtur aiens: *legitimæ sunt nuptiæ, si Romanus Romanam nuptiis interuenientibus* (seu nuptialibus sacris, vel consuetis aliis modis receptis) *vel consensu ducat vxorem.* Sed adhuc valde dubium est, vtrum verba: *vel consensu* interpolata haut fuerint, postquam SELDENVS *lib. 2. de vxor. Hebr. c. 20. p. 155.* fide codicis sui antiquissimi demonstrauit, hæc verba expungenda esse; saltim eas nuptias CAIVS vix poterat appellare *legitimas*, easque cum illis coniungere, quæ ex LEGIBVS contractæ erant. Euidentius argumentum vtriusque matrimonii generis tradit SCAEVOLA in *l. 66. de donat. int. vir. et vx.* vbi disquirit: vtrum donatio a femina ipsa nuptiarum die facta subsistat? Duas ibidem species connubii tradit: prima est, quæ *consensu* inita intelligitur, quo facto non valet donatio, licet nondum deducta nec tabulæ consignatæ: altera species est, si virgo ex *legibus* ducenda erat, solenni ritu; cui vir *die nuptiarum, priusquam ad eum transiret, et priusquam aqua et igni acciperetur* per solenne sacrificium, (de quo ritu agit PLVTARCHVS in *quæst. Roman.*

quod declaratur ex l. 66. de donat. int. vir. et vxor.

Roman. ab init. tom. II. p. m. 265.) decem aureos dono obtulit, quae donatio valebat, quod adhuc *ante nuptias* facta esset. Referebat ergo olim, quid actum esset inter desponsatos, vtrum conuentum, vt nuptiae *iure ciuili* solenniter inirentur; an vero vt *solo consensu* iure gentium? Hoc casu matrimonium contractum intelligebatur, simulac de eo constabat, vel *palam* vel *tacite*, quod egregie illustrat NOODT ad *tit. de rit. nupt. p. 486.* illo vero tunc demum, si quae *lex ciuilis* desiderabat, accessissent, h. e. *confarreatio*, *coemtio*, *vsus*. Hoc casu fiebat *materfamilias*, et transibat in familiam mariti, non illo, *honore* tamen et *dignitate* a concubina distincta, quae alias in quibusdam talem vxorem consensu solo ductam, imitabatur, quod exponit illustratque MERILLIVS *lib. III. obs. obs. 16.* Non improbabile est, *vxores* eiusmodi vel ideo dictas fuisse *gratuitas* apud GRVTERI in *inscript. p. 800. n. 21.* quod coemta non esset, nec aqua et igni accepta, ea vero appellatione non intellectas *concubinas*, quod MERILLIVS *lib. III. obs. 15.* existimauit.

§. XVII. Quemadmodum Romani veteres sub *republica libera* superstitiose admodum inhaerebant legibus, nec quicquam *legitimum* aut *probatum* censebant, nisi quod earum auctoritate factum erat; ita admodum probabile est, antiquitus tres illos iuris ciuilis modos, quos ex SERVIO supra retuli, sollicite obseruatos, nec sine illis nuptias fuisse contractas, adeoque *solo* et *simplici consensu* feminam non aliter *loco vxoris* habitam fuisse, quam *intra annum*, si per *vsum* sine legibus, ab initio coiissent. Haec tamen coniunctio, anno transacto, mox degenerasse videtur in *legitimum matrimonium*, quo vxor in manum et potestatem mariti translata est; id quod *regulariter* factum fuisse probabile est, *Olim tres illi modi magis in vsu erant.*

quod

quod talis vxor *vsuraria*, vti vocatur, h. e. *vsura* vel *vsu* acquisita, æquiparanda esset illi, quae *coemtione* vel *confarreatione* esset ducta. His quamdiu moribus viuebatur, donationes inter virum et vxorem fieri non poterant, quemadmodum irritæ erant inter patrem et filiamfamilias. *l. 25. C. de donat. in v. et v. l. 1. §. 1. pro donato. l. 2. in f. pro hered.* PAVLVS *lib. V. sentent. tit. II. §. 3.* Nec enim quis sibimet ipsi donare potest, quod tamen in effectu fieri intelligebatur, si pater filiofamilias vel vir vxori donabat, quod omnia patri vel marito acquirerentur. Nec filius donare poterat patri ex peculio, quod iam patris erat, *l. 9. in f. de donat.* pariter nec vxor marito, quod teste CICERONE maritus omnia vxoris bona iure *dotis* acquisiuerat. Hæc ratio quidem cessabat in ea, quæ *vxoris loco* antiquitus intra annum, antequam *vsus* accedebat, habebatur, vel quae *vsurpata* erat per absentiam *trinoctii*; attamen alia ratio impediebat has donationes. Aut enim *intra* aut *post annum* fiebant: Si *intra annum*, intuitu matrimonii, per *vsum speratum* confirmandi, fiebant, et sic sub *modo*, quo non subsecuto, forsan quod vxor discederet intra annum a marito, vel maritus moreretur, eæ irritæ erant; eo vero secuto, adhuc irritæ in effectu fiebant, quod per anni *vsum* vxor in *manum mariti* veniret, et quæuis vxoris bona, et sic etiam antea donata, mariti fierent. Post *annum* si fiebat donatio, aut vsus erat interruptus, aut non. Hoc casu non valebat donatio, quod vxor iam *in manu mariti* et *materfamilias* facta fuisset; illo vero, si post *trinoctii integri* absentiam manebat in domo patris vel tutorum, nec ad maritum reuertebatur, matrimonium cessabat et donatio itidem irrita erat, quod *modus speratus* non esset secutus; si vero reuertebatur ad maritum, et cum eo vlterius consuetudinem continuabat, eodem modo donationes ea intentione

Inde donationes ex hoc statu locum habere non poterant,

ne quidem si per vsum contrahebatur matrimonium.

tentione eumque in finem fieri intelligebantur, vt vinculo adſtrictiori *ſecundum leges* etiam adhuc fieret vxor, quae *iure gentium* tantum talis erat, adeoque adhuc in *matrimonio iniuſto* viuere dicebatur, quo ceſſante fine, in irritum reuocanda erat donatio, cum interim tantum *vxoris loco* habita fuerit; eo vero ſecuto, vel ideo *in effectu* pro non facta habebatur, quod omnia marito, in cuius manus iam venerat, eſſent acquiſita, omni proprietate matrifamilias ademta. Ita rationes antiquitus, meo iudicio, ſubducebant ICti, antequam libertas, *ſolo conſenſu*, et ſic *iure gentium*, contrahendi matrimonium nimium extenderetur, ſed vtplurimum, imo per modum *regulae*, *matrimonia legitima*, tribus prædictis modis, contraherentur, vnde etiam ſolent *regulæ iuris* confici. His poſitis principiis, nulla opus erat *ſcripta lege*, ſed *per conſequentiam neceſſariam* ex ſtatu peculiari matrimoniorum fluebat ius, quod *moribus* ſeu per *fori interpretationem* poſtea *receptum* dici cepit, ne inter coniuges donationes valerent, adeo vt ne quidem *morte donantis* conualeſcerent, quod demum, autoribus SEVERO et ANTONINO, correctum eſt *l. 32. §. 2. de donat. int. vir. et vxor.* Eædem ſcilicet rationes eo caſu obtinebant, quæ antea adductæ ſunt. Si enim *in manum* mariti vxor peruenerat, mortuo eo, vt *filia* ſuccedebat, et ſic donatio antea facta in irritum ceciderat, æque vt in liberos olim a patre collata *l. 2. §. 2. pro herede l. 4. pro donat.* Si non peruenerat, intuitu tamen et ſub ſpe *matrimonii legitimi* et *iuſti ſubſecuturi* facta fuiſſe credebatur, et ſic heredi integrum erat, id repetere, quod ſub hoc *modo* donatum fuiſſe, intelligebatur.

§. XVIII. Hic ſtatus matrimoniorum duraſſe videtur per quingentos annos, ex quo etiam ratio petenda, quod omnis *Inde diuortiorum vſus deerat*

omnis diuortiorum vſus vsque ad annum V. C. 523. incognitus fuerit, quo anno demum, POMPONIO MATHONE et PAPYRIO MASONE Coſſ. primum diuortium Romæ Sp. Coruilius Ruga feciſſe legitur, teſtibus GELLIO *lib. XVII. c. 21. et lib. IV. c. 3.* DIONYSIO HALICARNASSEO *lib. II.* Magna vsque ad hæc tempora matrimoniorum erat religio, ac inſigne matrimoniorum robur, quod regulariter in manum conueniſſet vxor, quod etiam obſeruatum eſt in GVNDLINGIAN. *cit. l. §. 32.* adeoque diuortiorum vſus cum his conſiſtere non poterat, quod infra §. XXIV. ex DIONYSIO HALICARNASSEO declaratur atque demonſtratur. Hac clade nuptiis ſemel iniecta, earum vinculum nutare, quin et mores vxorum in peius ruere, et *manum* ſeu poteſtatem maritalem declinare atque quouis modo præcauere inceperunt. Etenim PLAVTVS, qui teſte GELLIO *lib. 17. c. 21.* paulo poſt *bellum Punicum* in ſcena floruit, atque circa V. C. annum 570. deceſſiſſe videtur, in *milite glorioſ. act. III. Sc. I. verſ. 92.* adeo corruptos mulierum mores iam fuiſſe ait, vt plures tædium ducendarum vxorum caperet, vel ad minimum paſſim iam eas domum eiicerent. Hoc tamen ægre fieri poterat, ſi in *manum* vxor marito conueniſſet, quæ ratio matrimoniorum eo tempore adhuc *ordinaria* erat: facilius, ſi *ſine legibus* in coniugium, iure gentium contrahendum, conſentirent, quæ forma inuſitatior atque rarior; verum poſt hæc tempora frequentior eſſe coepit, cum iam CICERO, prout ſupra *§. XIII.* obſeruaui, eius meminerit, imo ſub imperatoribus rarior antiquorum modorum praxis fuerit. Hæc noua matrimoniorum forma laxitatem eorum admodum promouit, diuortiorumque libertatem adeo extendit, vt et mulieres contra morem priſcum a maritis diverterent. Tempore PLAVTI hæc ingens metamorphoſis non

diuortia ſecuta ex matrimoniis conſenſu initis.

non inuaſerat matrimonia: corrupti vxorum mores deterrebant quidem maritos ab ineundis connubiis: vbi vero eadem inibant, more antiquo ea *ordinarie* contrahebant, vt vxor *in manum* conueniret. Haec ratio impediebat eo tempore adhuc vxores, ne diuertere a maritis poſſent, quod innuit PLAVTVS *in mercat. act. IV. ſc. 6. v. 1. ſqq.* indigitatque, in genere vxoribus adhuc eo tempore ius diuertendi a maritis denegatum fuiſſe, certo indicio, vtplurimum adhuc vxores marito in manum conueniſſe. Aſt poſtquam noua matrimoniorum forma frequentior eſſe cepit, vt paulo rarius vxores in manum conuenirent, etiam licentia diuertendi vxoribus communicata, ita vt pedetentim tres illi modi antiqui plane conſenuerint, vel ad minimum rarius in vſum deducti fuerint.

In matrimoniis ſolo conſenſu initis regula antiqua de donationibus fuit retenta ex nouis cauſis

§. XIX. Hac vero mutatione in *ſtatu connubiorum* introducta, donationum inter coniuges ſtatus quoque mutari debuiſſet, quod iuris vetuſti ratio iam deficere videretur. Enimuero forenſis interpretatio, quæ *ius ciuile* dicta, ſæpe tales regulas generales generauit, moribusque confirmauit, a quibus mutato ſtatu non facile recedi poterat. Accedebat vero in his matrimoniis, nouo more formatis approbatisque, noua ratio, quæ donationes nec in iis admittebat, quod matrimonia talia admodum lubrica, fragilia, et diſſidiis magnopere ſubiecta eſſent, vt ſæpe ad annum vix durarent, ſingulisque annis noua fœdera connubialia appeterent vxores, laſciuiæ et luxuriæ admodum indulgentes, teſte SENECA *lib. III. de benefic. c. 16.* Hoc rerum ſtatu conſultius viſum fuit, ius, quod moribus circa *donationes inter virum et vxorem* iam receptum erat, potius conſeruare, et quouis modo in *vſu forenſi* defendere, quam illud impugnare. Etiam

imprimis ex libertate diuertendi

iam eius vſum fuiſſe in matrimoniis *vſu* contractis, ſupra obſeruaui: ex his originem traxerant nuptiæ, *conſenſu* contractæ, adeoque praxin iuris antiqui facile etiam ad has extendere poterant. Verendum enim erat, ne alter alterum nimiis donationibus, blanditiis coniugalibus extortis, ſpoliaret, poſtea vero diuerteret, quo facto rei familiaris iacturam grauiſſimam paſſus fuiſſet donans, ſi illi reuocationem eius, quod donatum erat conſtante marito, integram non ſeruaſſent. Præterea ſi *nouum diuerſumque ius* circa donationes, ex conditione *horum coniugiorum*, reciperetur, verendum erat, ne ad *diuortia* magis aditus ampliaretur, quem præcludendum eſſe omnibus modis contendebant ſapientiores. Appetebant vxores inprimis diuitias mariti, vt haberent, vnde luxuriam ſuam alere, adulterosque paſcere poſſent. Iam tempore PLAVTI mulieres, licet adhuc in *manu* viri eſſent, ſollicitabant quotidie eos ad dandum. Hæc erat vox earum quotidiana:

et moribus vxorum peſſimis

-- da mihi, vir, Calendis, meam quod matrem iuuerit:
Da, qui faciat: da qui condiat: da, quod dem quinquatribus,
Præcantatrici, coniectrici, hariolæ, atque aruſpicæ:
Flagitium eſt, ſi nihil mittetur, quo ſupercilio ſpicit!
Tum piatricem clementer non poteſt, quin munerem:
Iam pridem, quia nihil abſtulerit, ſuccenſet geraria.
Tum obſtetrix expoſtulauit mecum, parum miſſum ſibi.
Quid? nutrici non miſſurus quicquam, quæ vernas alit?

vid. PLAVT. *in milit. glorioſ. act. III. ſc. I. v. 97. ſeqq.* Hæc ſi audebant mulieres, in *manu* viri exiſtentes, quid non facturæ ſunt hæ, quæ *ſui iuris* manſerunt, nec tamen *antiquis de moribus* fuerunt? *quæ omnium rerum libertatem imo licentiam*

tiam desiderarunt? vt PORTIVS CATO pronunciat apud LIVIVM *lib. 34.* Salse passim perstrinxit mores mulierum IVVENALIS, et inprimis *sat. VI. lib. 2. v. 35.* aperte indicat, eas etiam exegisse *munuscula* a viris pro concubitu. Et quis nescit, quam impotentissimus mulierum ardor fuerit in *ornamenta muliebria*, in quorum comparationem saepe viri omne suum exhauriebant patrimonium. Testis est SENECA *lib. VII. de benefic. Non satis muliebris insania viros subiecerat, nisi bina aut terna patrimonia in auribus singulis pependissent.* Idem testatur titulus D. *de auro argento mundo ornamentis vnguentis veste vel vestimentis vel statutis legatis.* Prolixum catalogum *de ornamentis his* secundum seriem alphabeticam exhibet sistitque TIRAQVELLVS *de LL. connub. in L. III. gl. 1. P. 3. n. 27.* cui iungendus est PLAVTVS *in poenul. act. I. sc. 2. v. 1. sqq.* vbi inprimis taxat mulieres sui temporis, *quod nulla eis ornandi satis satietas sit.* Libertate ergo diuertendi a maritis vxoribus data, faciles ad discidium erant, si a donis sese temperabant mariti, quae anhelabant in varios vsus, eosque plerumque prohibitos. Hoc metu concutiebant viros ad donandum: donis autem maritalibus instructae quaeuis audebant, et maritum tandem bonis exspoliabant quibuscunque. His pessimis moribus obuiam eundum erat per leges antiquas scilicet, *1) ne inter virum et vxorem donationes valerent: 2) ne dotem repetere posset, quae sine causa probata discederet.* Aut ergo dona in vxorem congerere recusabat vir, aut non. Priori casu diuortium ex hac causa non amplius metuendum facile erat, quod iusta deesset causa, et sic ei dotis dispendium immineret. Posteriori casu, viro se ad mores vxoris sitientis accommodante, rursus diuortii periculum cessabat, quod alioquin sciret, a se quaeuis dona per maritum repetitum iri. Saepe nouum

 appe-

appetebant thorum mulieres lasciuæ, et sic ad diuortium faciles fuissent, nisi metu hoc a consilio auocatæ fuissent. Nouerant Romani, donationes inter coniuges haud cessaturas esse: nouerant, viros mulieribus auaris et quæuis appetentibus facile succumbere; simul tamen nouerant auaritiam muliebrem, et quod nulla re magis a proposito diuertendi deterrere possent, quam metu repetendarum rerum sibi a viro donatarum, quas ægre dimittebant. Ipsæmet rarius donant, sed munera ab aliis lubentes accipiunt. Hæc ratio effecit, vt Romani per SCtum Velleianum mulieribus *intercessionem pro aliis*, non *donationem* interdicerent, quod ad hanc non essent procliues, vti quidem ad illam. *l. 4. §. 1. D. ad SC. Vellei.*

Mores maritales idem ius postulabant.

§. XX. Sed etiam vxoribus consulendum prouidendumque erat, ne effusis in maritum donationibus ad incitas tandem redigerentur. Quamuis enim mulieres a donis in alios congerendis facile sese temperarent, vt modo dixi, quoad *maritum* tamen plures rationes concurrere poterant, quibus inductæ tandem donarent, quod alioquin haud necessum fuerit, eis donationes hasce interdicere. Si vxor bonis abundabat, iis inhiabat non raro maritus, qui eorum gratia illam vnice duxerat. Blanditiis simulatis tandem eam expugnabat, vt donaret et potiorem diuitiarum partem in eam transfunderet. Obtento fine, caussam ad *diuortium* quærebat vir iniquus, vt nouis nuptiis nouas quoque accessiones ad patrimonium faceret, prior vero vxor spoliata rebus suis egere et quæstum corpore facere coacta fuisset, si donationes inter *virum* et *vxorem* robur habuissent. Ne ergo donatio vxori fraudi esset, refrenanda atque coercenda fuit illo maxime tempore, quo vxores donare poterant. Quæ in

manu

manu viri erat nihil donare poterat: quæ *sui* manebat *iuris*, opum arbitrium retinebat. Fac iam, donationes inter virum et vxorem robur habuisse; vxori quid aliud imminebat, quam periculum diuortii vel egestatis? Si hæc marito auaro non donabat, diuortium ipsis minabatur, si donabat, præter *diuortium* adhuc *egestatis* periculum incurrebat. Vtrique malo occurrebatur per *ius antiquum* moribus retentum, quod quidem ob aliam diuersamque causam receptum erat; eius tamen vsus, introducta *diuortiorum* libertate, desinere non poterat, vt tamen de eius rigore aliquid laxandum esset, quod autoritate SEVERI et ANTONINI effectum est. Æquum videlicet videbatur, donationibus morte confirmatis robur addere, quod, exstincto donatore, palam fieret, donationem fraudi connubio non fuisse.

§. XXI. Quod ergo *moribus vetustis* receptum erat ius circa *donationes inter virum et vxorem*, atque *interpretatione forensi* roboratum, id *moribus* quoque sub imperatoribus conseruatum, statu connubiorum licet admodum mutato. Hic ipse effecit, vt de *rationibus* huius interdicti admodum cespitarent sapientiores, ius antiquum circa has donationes magis ex *præsenti rerum conditione* quam *antiquo more* æstimantes. Hunc si præ oculis habuissent, nullos de ratione *iuris antiqui* fluctus mouissent; quia vero hic ipse cum forma matrimoniorum recentiore, eaque frequentiore, non satis congruebat, admodum fluctuabant, vnde præsens *antiqui iuris* vsus defendi posset? Testis est PLVTARCHVS, qui circa seculi II. primordia iam floruit, et huius litis mentionem facit *in quæst. Roman. tom. II. p. 265.* Quærit enim: *cur donationes inter maritum et vxorem prohibitæ sunt?* Varias suppeditat rationes, quæ sine dubio a iuris peritis eo tempore

Variæ antiquorum indicia circa rationes prohibitionis huius

a Plutarcho adductæ

pore

pore, non sine fluctuatione adferri solebant. *An*, ait, *quemadmodum Solon donationes mortis causa factas valere voluit, iis tantum rescissis, quae necessitate extortae, aut muliere persuadente factae essent: nimirum quod necessitas vim animo faceret, voluptas autem eidem imponeret; an, inquam, eodem modo Romanis suspectae erant coniugum donationes?* Quidam ergo arbitrabantur, donationes inter virum et vxorem a *concussione* vix immunes esse, quae facile, *diuortiorum* libertate concessa, emergere posse, adeoque donationes *suspicione concussionis* laborare videbantur. *Aut potius*, pergit, *quod signum beneuolentiae tutitissimum putarent esse donum (dant enim alieni et non amantes) ideo istud demerendi genus e coniugio sustulerunt, vt absque mercede gratis, ac propter se non alias causas coniuges inuicem amarent?* Haec ratio connubiis quibuscunque videbatur communis, sed parum stringens, quod experientia doceret, inter eos, qui animorum coniunctione conglutinati essent, liberalitatem inprimis vsum habere. Vnde nec in hac ratione subsistit, sed nouam in scenam producit: *an quia capiendis maxime corrumpuntur mulieres, vt alienos admittant viros, grauitatem iis conciliare censuerunt, quod suos nihil dantes diligerent?* Quia vero haec duntaxat maritos a donando auocasset, vxores vero non strinxisset, tandem etiam hanc nouam addit, quae magis *statum antiquum connubiorum* sistit: *An haec est verior ratio, quod viri et vxoris omnia debeant esse communia?* Hanc ceteris praetulisse videtur, quod indicant verba: *an haec est* VERIOR RATIO? Equidem si statum Romanorum connubiorum spectas, *vera communio* cessasse videtur, quod non ignorauit PLVTARCHVS. Interim prisco more, quo in *manu viri* erat, quodammodo domina rerum mariti videbatur aeque vt *filia*, et ita quaedam *vmbra communionis* inter coniuges esse, vide-

primaria ab eo collocata in bonorum communione

videbatur. Ad hanc alludere videtur PLVTARCHVS innuitque, ita matrimonia merito comparata esse debere, vt communio quædam ad imitationem iuris antiqui adesse videatur, quod exinde sit *prima donationis probibitio* repetenda principaliter atque primordialiter.

§. XXII. Agnouit roborauitque veritatem huius doctrinæ ex *prisco more* repetitæ et a PLVTARCHO etiam assertæ, HOTTOMANNVS *in disput. iur. ciuil. de donat. omnium gener. c. 5. §. 18. (tom. 1. oper. p. 608.)* atque hoc modo mentem suam prodit: *Nulla probabilior quam illa Plutarchi ratio est, vt coniuges omnia inter se communia ducerent: quemadmodum lex Romuli iubebat:* γυναῖκα κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν: *quemadmodum Dionysius lib. 3. testatur: inde illud Ciceronis in Topicis: cum mulier viro in manum conuenit, omnia, quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine. Indeque institutum fuit, vt si quid mulier e viri bonis subripuisset, in eam soluto matrimonio rerum amotarum formula, non autem furti actio, daretur.* Hoc exemplum denuo monstrat, mutato licet plerorumque matrimoniorum statu, plura retenta fuisse ex priscis matrimoniorum formis, partim iuris antiqui veneratione, partim etiam ob retentum et conseruatum quendam priscorum matrimoniorum vsum. Non tamen potuit adduci SCIPIO GENTILIS, ICtus eruditionis haud vulgaris, *lib. I. de donat. int. vir. et vx. c. 6.* vt in hanc iret sententiam, quod existimauerit, PLVTARCHVM veram et proprie dictam *communionem* omnium rerum connubiis adsignasse, in quo tamen meo iudicio fallit. Respexit ad veterem eorum statum, quo mulier in manu viri erat, et sic bona omnia vxoris ad eum transibant; e

ab Hottomanno agnita.

reprobata a Scipione Gentili

cuius rationes recensentur

contrario vxor, in communem bonorum vſum adſciſcebatur, et *quodammodo domina* bonorum mariti erat, quo mortuo, magis continuare quam acquirere dominium bonorum, in quæ æque vt filia ſuccedebat *ipſo iure*, cenſebatur. *§. 3. I. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Addit, non concedendum eſſe, nihil proprii mulieres, poſtquam nupſiſſent, habuiſſe vel retinere potuiſſe ex bonis: M. Catonem cum aliis de ſeruis aliisque rebus, quæ doti non eſſent, neque ad virum tranſirent, ſcripſiſſe, easque *receptitias* appellaſſe, quod eas ſibi nominatim recepiſſent: licet vxor in manum viri conueniſſet, non tamen mariti et vxoris bona ita confuſa et commixta fuiſſe, vt nulla fuerit inter illa iuris diſtinctio: id inde apparere, quod antiquiſſimis etiam temporibus maritus certis caſibus dotem lucrari potuerit, veluti propter adulterium vxoris, et repudiata vxor vel quæ diuertiſſet, dotem ſuam a marito recuperauerit: filiamfamil. nuptam in poteſtatem mariti non tranſiiſſe ſed in poteſtate patria remanſiſſe, neque bona ſua ita in maritum transferre potuiſſe, vt iuri parentum præiudicaret: denique ANTONINVM veteresque ICtos longe alias rationes attuliſſe, merito reſpuendas, ſi aliam cauſam eamque veram vel ſolam habuiſſent, etc. Eandem ſententiam ex SCIPIONE (ſuppreſſo quamuis eius nomine) reguſtauit, et rationes potiores eius ſuas fecit DOMINICVS AVLISIVS *in comm. ad tit. de donat. c. 4. p. 457.* quin plerique eius veſtigia premere ſolent.

et ſub examen reuocantur §. XXIII. Non deſunt tamen, quæ SCIPIONIS dubia remouere et declinare queunt. Ante omnia enim repetenda ſunt momenta ſupra adducta, quæ olim, etiam ante XII. tabulas, donationum vſum inter coniuges non admittebant. Hæc moribus vulgo tribuuntur, quod *lex probibitiua ſcripta*

pta deficeret, ipsa autem donationum inefficacia ex matrimoniorum priscorum statu profluxisset, atque a ICtis per *forensem interpretationem* tracta et deriuata fuisset. Atque id ipsum est, quod ait ICtus in *l. 1. D. de donat. int. vir. et vx. Moribus apud nos receptum* (et postea etiam retentum) *est, ne inter virum et vxorem donationes valerent.* Contra hæc momenta nihil faciunt SCIPIONIS argumenta, quæ ad posteriora tempora quadrant, quo iam dudum idem *moribus* receptum, et quia *vsu forensi* firmatum erat, haud passi sunt ICti, ius antiquum infirmari per nouos vxorum mores, et nouam matrimoniorum formam, qua *solo consensu*, sine *coemtione* et *confarreatione*, nec habita *vsus* ratione, hinc inde contrahi ceperunt, quæ, *diuortiorum* vsu inualescente, demum in praxin frequentiorem deducta fuisse videntur. Atque ad huiusmodi matrimonia SCIPIONIS rationes quadrant. Quæ ex M. CATONE in medium adfert (ex GELLII *lib. XVII. c. 6.* sine dubio hausta) de his matrimoniis sine dubio intelligenda sunt. Suasit hic *legem Voconiam*, teste EODEM *lib. VII. c. 13.* quæ lata est a Q. VOCONIO SAXA, anno V. C. DCCXCIV. quo *libertas diuortiorum* per tria secula fere iam obtinuerat, et duæ matrimoniorum formæ iam cognitæ erant atque vsitatæ. Adeoque non mirandum est, de *receptitiis*, quæ ex suis bonis retinebat, nec ad virum transmittebat vxor, locutum fuisse CATONEM, cum in matrimoniis solo consensu initis quæuis mulier sibi *recipere* poterat, adeo vt *magnam sibi pecuniam reciperet, quam marito sæpe mutuo dabat*, vt ait CATO, id quod a moribus priscis alienum esse censeo.

ostenditurque ea pertinere ad matrimonia solo consensu inita

in quibus receptitiorum vsus

§. XXIV. Pari ratione, quæ de *repetitione dotis* et eius *priuatione*, diuortio facto addit, rursus ad tempora prisca non

item repetitio dotis eiusque priuatio obtinebat

non pertinent, sed ad ea demum, ipso fatente SCIPIONE, quibus post quingentos annos Romæ diuortia matrimoniorum antiquam integritatem infecerunt, cum nondum euictum sit, diuortiis *promiscuis* locum fuisse in ea muliere, quæ in *manum viri* conuenisset, vel, si ex probabili causa ea postea in tali vxore admissa sunt, necesse fuit, id in divortiis recipere, quod in emancipationibus arrogatorum impuberum iuris erat, scilicet, vt maritus sine causa vxorem domo eiiciens, illata redderet, vel maritus ea retineret, si ob mores vxoris discidium factum fuerat; sicuti arrogator, impubere emancipato, bona, quæ ad eum detulerat, restituere cogebatur. Vnde GELLIVS *lib. IV. c. 3. memoriæ traditum esse*, ait, *quingentis fere annis post Romam conditam, nullas rei vxoriæ actiones, neque cautiones in vrbe Roma aut in Latio fuisse*, quod nulla diuortia, sed vxores *in manu* mariti essent. Autor est DIONYSIVS HALICARNASSEVS *lib. 2.* vnam in genere connubiis legem datam fuisse, scilicet, *mulierem nuptam, quæ* (vel quia) *ex sacratis legibus in manum mariti conuenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse.* Addit: *farris communicatio virum et vxorem necessario coniugii inseparabilis vinculo coniungebat et nihil erat, quod has nuptias posset dissoluere. Hæc lex coëgit mulieres nuptas, vtpote quæ nullum aliud refugium haberent, ad vnius mariti sui mores vitam suam conformare, et ipsos maritos, vt rem necessariam, et* A QVA NVLLO MODO DIVELLI POSSENT, *vxorem retinere.* In quo autem hæc *communio bonorum* posita fuerit, ibidem declarat, quod *familiæ domina æque et vir* esset, et *in eius defuncti bona, vt filia in patris, heres succederet.* Eo enim sine liberis decedente, omnium bonorum heres erat; his vero existentibus, portionem virilem accipiebat. Si ergo post

quod ex Dionysio illustratur

post laxissimum diuortiorum vsum, etiam in his connubiis ea admissa sunt, id sero admodum factum fuisse probabile est, quo plura ex antiquis institutis sunt immutata. Ad ea tempora etiam spectat, quod matrimoniis contractis saepe mulieres in *potestate patris* permanserint, quod ad ea pertinet connubia, quae ex post facto *solo consensu* inita fuere, adeoque rursus inde nullum praesidium suae sententiae circumponere potuit aut debuit.

§. XXV. Denique etiam hoc SCIPIO addidit dubium, quod longe diuersas ab his, quas tradidi, rationes expresserint ICti et ipse imperator ANTONINVS, ex *more maiorum* prohibitionem harum donationum repetentes, quae *spuriae* dicendae forent, si praeter eas alia verior atque solidior adfuisset ex prisco Romanorum aeuo. Supra vero iam obseruaui, aliam fuisse rationem huius iuris primitus *introducendi* et *recipiendi*; aliam vero illud, mutato etiam matrimoniorum statu, *retinendi* et *conseruandi*. De his magis solliciti fuere ICti et imperatores, quae tamen *plene* et *perspicue* intelligi nequeunt, quam primordiali ratione prohibitionis euoluta. Atque hae, posteriores etiam, a *maioribus* deducuntur, in *l. 1. l. 3. pr. et l. 31. §. 7. de donat. int. vir. et vx.* non adeo incommode et inepte, quod quae ante duo vel tria secula constanter in vsu permanserunt, vtut matrimoniorum status innouatus esset, *maiorum* moribus et traditionibus recte adscribi queant. Hae vero rationes, quae a ICtis adferuntur, commode coniungi possunt, quod ad vnum eundemque scopum tendant, et altera alteram explicet, quorsum pertinet VLPIANI ratio in *l. 1. cit. tit.* tradita, et ex LABEONE repetita a POMPONIO in *l. 31. §. 7. eod.* haec est, *ne mutuo amore inuicem spoliarentur donationibus non*

ICti Romani nouas rationes attulerunt, matrimonii sui temporis conformes

cur a maioribus deducta?

ostenditur ICtorum rationes coniungi posse

et ad facilitatem diuortiorum respexisse

temperantes sed profusa erga se facilitate abutentes. Hæc ratio tangit nouum illum matrimoniorum statum, qui admodum solubilis erat, atque fragilis, vxores tamen manui mariti non subiiciebat. Facile hoc rerum statu alter alterum bonis spoliare potuisset, si donationes, ad quas coniuges ex intimo animorum adfectu procliues sunt, plenum robur accepissent, quibus factis, diuortium interuenire et donantem in egestatem deducere poterat, quod præcauendum erat, vt supra iam dixi; quin etiam, si ei, qui cuperet, non daretur, itidem diuortium imminebat, vt HOTTOMANNVS *cit. l.* addit, quod tamen impediebatur, quia facile præuidebant Romani, donationes inter coniuges haud desituras esse, quarum reuocandarum metus retinebat eum, cui donatum erat, ne diuortio ansam daret. Hæc diuortiorum facilitas ingens circa *educationem liberorum* quoque producebat impedimentum, quod hoc modo e medio sæpe tollebatur, vt PAVLVS *in l. 2. cit. tit.* adiungit: *nec esset eis studium liberos potius educendi*, quorum educatio rectissime demum sese habet, si indiuidua animorum coniunctio perseuerat inter parentes. Expressius hanc rationem SEXTVS CAECILIVS *in l. 2. cit. tit.* declarat, intentionemque antiquorum Romanorum hanc fuisse dicit: *quia sæpe futurum esset, vt discuterentur matrimonia, si non daret is, qui posset, atque ea ratione euenturum, vt venalia essent matrimonia;* quid enim si vxor ab auaro marito per iurgium simulatum recederet, quam maritus tamen egregie diligebat? non aliter reuertebatur, quam si bonorum, quibus inhiabat, compos facta esset, quo ipso *concordium venale* fiebat. *l. 27. de pact. dotal.* Id rursus indicat ANTONINVS *in l. 3. pr. de donat. int. vir. et vx.* his verbis: *Maiores nostri inter virum et vxorem donationes prohibuerant, amorem honestum solis animis æstimantes,*

tes, famæ etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neue melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Admodum propudiosum videbatur, concordiam donationibus alere, quæ sola animorum vnione corroboranda erat. Si concordia coniugum solo pretio conciliabatur, eueniebat, vt, qui cessabat dare, cum posset, alterum facile ad discidium adduceret: si facilis ditior ad donandum erat, hic, cuius *melior* antea conditio ob copiam fortunarum erat, in paupertatem incidere, et cuius antea *deterior* conditio ob *defectum bonorum* erat, ditior fieri poterat, quod admodum luctuosum postea donanti accidisset, si, diuortio secuto, reuocatio donationum integra non fuisset; hæc vero vbi donanti reseruata est, rursus divortium magnopere impediuit.

§. XXVI. His ita sese habentibus, necessario aliquid laxandum fuit ex antiqui iuris rigore. Olim donationes quævis, ob statum matrimoniorum antiquum, inter coniuges plane exulabant, nec vllo modo subsistere poterant. Tam absoluta autem prohibitio cum noua matrimoniorum forma commode subsistere non poterat, adeoque pedetentim quædam *interpretatione forensi et oratione* ANTONINI ex antiquo rigore laxata sunt, paucis indicanda. Videlicet regula *antiqui iuris ciuilis*, etiam ante XII. tabulas vsitata, mansit: *interdicta est inter virum et vxorem donatio*, VT IPSO IVRE *nihil valeat nulliusque momenti sit. l. 2. §. 10. de donat. int. vir. et vx.* Quod *ipso iure* nullum erat, etiam secundum *ius ciuile antiquissimum* inefficax erat, quod in antecedentibus fusius explicatum est. Restricta autem est prohibitio *vsu forensi*, nouis connubiorum formis applicato, α) ad eas donationes, quæ donantis patrimonium minuunt, donatarii

Laxatum aliquid fuit ex antiqui iuris rigore

vt valeret ex quibus donans non fit pauperior, donatarii locupletior.

natarii augent; alterum si deest, valebat negotium ex sententia orationis ANTONINI. *l. 5. §. 8. l. 32. §. 9. eod.* Vnde mutuae donationes, aequalitate constantes, subsistebant. Antiquis matrimoniis nulla conueniebat donatio, quomodocunque facta fuisset. *β)* Ad eas, quae ex *donantis patrimonio* fiunt. Vxore atque marito heredibus institutis, poterat repudiatio ab alterutro fieri in fauorem alterius, donandi etiam animo; *l. 5. §. 13. eod.* secus ac iure veteri, vbi maritus totam hereditatem lucrabatur, siue vxor heres fieret, siue repudiaret. *γ)* Ad eas, quae *extra ordinem* fiebant: non quae *ex more* fieri solebant, vt *die* natali vel alio tempore, quo solennia munera mittere moris erat, *l. 31. §. 8. eod.* Ad ius antiquum id vix applicari poterat, quod maritus donando vxori sibi et sic nulliter donaret, quacunque occasione donaret. *δ)* Ad donationes *inter viuos*: m. c. donationes inter coniuges *receptae* erant; vt dicitur in *l. 9. et 10. eod.* Olim enim vel ideo a parte *vxoris* non valebant, quod nihil haberet, vnde marito donare m. c. posset. *ε)* Ad donationes *ante mortem* non reuocatas. Morte confirmatae valere coeperunt ex ANTONINI oratione, vt expresse indicat *l. 32. pr. §. 1. et 2. eod.* simulque innuit, iure anteriori nec morte confirmari potuisse, prout supra iam obseruaui. Ratio enim *iuris veteris* quoque locum habebat in ea donatione, quae morte non erat reuocata, quod etiam iuris erat inter patrem et filium familias. Ast rationes in nouis connubiorum formis adduci solitae hic exulabant, ergo aequum fuit, rigori iuris aliquid detrahere. Et tantum de *statu donationum* inter *virum et vxorem* antiquo.

Quae non fiebat ex patrimonio coniugum — *quae more consueto fiebant* — *quae m. c. fiebant.* — *Morte confirmata*

§. XXVII. Progredior ad *hodiernum* earum *statum*, quem solum ius Romanum non determinat, vtpote quo vnice

Status harum donationum hodiernus

ce haud viuimus, ſed quo potius *in ſubſidium* vtimur, quatenus ad fori noſtri rationes quadrat. Adeo vero ius Romanum regulariter in Germania eſt *ſubſidiarium*, vt ei *ius canonicum* indiſtincte, *ius Germanicum* vero *antiquum* in locis quam plurimis ſit præferendum, maxime in *matrimoniis*, quæ hodie magis *iure canonico* et *patrio antiquo* reguntur, et diuerſam in plurimis indolem a connubiis Romanorum habent. Neque enim conferri poſſunt cum illis, quæ quinque fere ſeculis ab V. C. apud Romanos obtinuere: neque cum illis, quæ ſolo conſenſu, rite licet declarato, inita, ſed fragilia admodum, fluxa, et fere precaria fuere, vt quouis momento bona gratia diſſolui, vel altero etiam inuito reſcindi potuerint. Hi deperditi mores peculiares deſiderabant leges vt munimenta quædam neceſſaria, quibus vinculum connubiale muniendum erat, ne quouis impetu rumperetur, quorſum leges donationibus coniugalibus datæ pertinebant. Aliis prorſus moribus hodie viuunt coniuges in Germania, quibus matrimonium debet eſſe *ſanctum*, *indiſſolubile*, *perpetuum*, omnis vitæ conſortium, omniumque calamitatum ſolamen. Atque cum ius canonicum hanc vitam hos mores in coniugibus poſtulet, videamus, an diuerſum ius circa donationes inter virum et vxorem introduxerit.

ex ſtatu matrimoniorum diuerſo.

quæ nobis ſunt ſancta et indiſſolubilia

§. XXVIII. Hoc iure vero nihil noui eſſe introductum, quilibet obſeruabit, qui vel GREGORII IX. ſententiam in *c. 8. X. de donat. int. vir. et vxor.* intuebitur, quæ iuris Romani compendium ſuccinctum exhibet. Ait pontifex: *donatio, quæ, conſtante matrimonio, inter coniuges dicitur eſſe facta, ex quo alter locupletior, et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, niſi donatio obitu confirmatur: quæ*

Ius canonicum conſpirat cum iure ciuili

tamen penitus euanescit, si reuocetur ab eo tacite vel expresse, vel qui donatum accepit, prius naturæ debitum persoluat. Neque adeo mirandum est, pontificem in scitis iuris Latii substitisse. Hæc inprimis Romæ et in curia Romana perpetuum vigorem quendam conseruarunt, seculo XII. magis corroboratum, auctum, et per totam Italiam dispersum, vt tempore GREGORII IX. vires ante fractas recuperauerit. Seculi illius tenebræ, quibus iuris Romani rationes inuolutæ erant, non permiserunt, vt pontifex sub examen reuocaret, vtrum connubiis, *iure canonico* nouiter efformatis, et a laxitate iuris antiqui purgatis, hæc de donationibus interdictis scita conuenirent, nec ne? sed lex antiqua, in vsum Latii potissimum antiquitus scripta, sine iudicio repetita et propagata est.

cuius ratio traditur.

§. XXIX. Aliquid noui tamen ius Canonicum donationibus hisce addidisse, vnde robur irreuocabile acquirere queant, omnes fere vno ore fatentur, vt mirandum sit, GREGORIVM IX. eius in *cit. tx.* immemorem fuisse. *Iuramentum* intelligo, quo firmatæ plenum robur obtinent, et quidem *arg. c. 28. X. de iurei.* Cautum enim est ab INNOCENTIO III. qui ante GREGORIVM IX. sedem Romanam tenuit, ne possent reuocari alienationes rerum dotalium a marito factæ, proprio vxoris sacramento firmatæ, *cum in alterius præiudicium non redundet, nec obseruatum vergat in dispendium salutis æternæ.* Talis alienatio de iure Romano est *ipso iure* nulla, licet non *absolute* prohibita fuerit, cum volente vxore subsistat in perpetuum. Donatio itidem *ipso iure* nulla est, volente tamen vxore valet; neque enim eam reuocare cogitur. Sicuti ergo *alienatio* iureiurando vallata robur validissimum acquirit, ita etiam donatio religione iurisiu-

per iuramentum tamen irreuocabiles fecit donationes.

risiurandi munita efficax redditur, omnisque reuocandi ratio excluditur, vt pluribus euincit SERAPHIN de SERAPHINIS *de priuil. iuram. priuil. 71. n. 3. sqq.* Plures eam nec iuramento conualidari censuerunt, quos laudat BENCKENDORFF *ad cit. tr. n. 1.* quorum doctrina reprobari nequit, ad *iuris ciuilis* regulas composita: *l. 5. C. de LL.* de iure canonico autem admitti nequit, vt modo declaratum est. Id tantum in quaestione est, quo iure hodie vtamur, et vtrum hoc illi praeualeat in Germania? quod affirmant, quotquot iurisprudentiam Germaniae illustrant, vt plenius ostendit Dn. PRAESES *tom. 1. iur. eccles. tit. de iurei.* Si ergo vel maxime iuris Romani de hisce donationibus principia ad fora Germaniae tracta sunt, (quod de quibusdam prouinciis negari nequit) palam tamen atque manifestum est, de nouo multum de eius obseruantia relaxatum fuisse. Quia enim iuramentum donationum reuocationem impedit, semper in potestate donantis est, ita sociae thori donare, ne vnquam irrita reddi queat liberalitas. Regulariter enim qui donat, de reuocatione sui beneficii non cogitat, quin potius perpetuum ius in alterum transferre intendit. Facillime ergo induci potest, vt iuramento eam firmet, ad quod eo pronior erit, quo propensior eius voluntas erga donatarium in ipsa donatione apparet.

quo iure hodie vtimur

§. XXX. Accedit vero ex iuris canonici principiis alia ratio, quae vtplurimum huius doctrinae executionem et applicationem impedit. Sicuti enim *diuortiorum facilitas* vel *frequentissimus vsus* faciebat, ne, mutato licet connubiorum statu, iuris vetustissimi dogma circa donationes inter virum et vxorem aboleri posset; ita postquam, ex caussis admodum grauissimis, in iure canonico prorsus abolita, imo vsus di-

Impedit quoque hodie reuocationem diuortiorum exclusio

Ccccc 2 vortio-

vortiorum adeo inter protestantes restrictus sit, vt ex paucissimis causis locum habere queat; quamdiu concordia inter coniuges viget, quæque regulariter in perpetuum subsistere debet, de reuocandis donationibus non cogitant coniuges, et ita, abstrahendo ab aliis etiam causis, nunc ne quidem tangendis, contingit, vt casus rarissime emergant, quibus de his reuocandis donationibus agitur. Equidem allegant, mortuo donatario ante donantem, adhuc hodie huic facultatem reuocandi superesse, quod tamen itidem rarissime contingit, quia vix vlla prouincia deprehenditur, quæ de *successione coniugum*, qua reuocatio vtplurimum impeditur, aliquid non disponat, vt Dn. PRAESES mihi retulerit, sibi nunquam casum de reuocandis his donationibus occurrisse, quantum quidem memoria assequi potuit.

et iuris Germanici propria ratio

§. XXXI. Neque enim tantum ex his causis, sed etiam ex iuris Germanici propriis principiis, quæ prorsus aboleri non potuerunt, effectum est, vt huius doctrinæ cultura vtplurimum effectu carere debeat, quod nunc specialius docendum est. Ante omnia quædam principia, iuri Germanico antiquo propria, quibus res coniugum regebantur, præmittenda sunt, vt inde recte iudicare liceat, quatenus inter coniuges donationes fieri potuerint? Primum est, fuisse ex lege inter coniuges Germanorum quandam *bonorum communionem*, quæ altas radices egit, vt ne quidem per iuris Romani receptionem eradicari prorsus potuerit, sed eius vestigia passim adhuc supersint. Multo legum antiquarum et hodiernarum apparatu hoc probatum dedit, atque illustrauit Dn. de LVDEWIG *diss. de success. coniug. diss. 2. lit. ll. it. diss. de dote et donat. propt. nupt. diss. 7. in not.* vt

qualis est (1) communio bonorum

fere

fere mihi hac in re otium fecerit. E re tamen erit, leges primarias Germaniæ hic repetere atque illustrare. In iure *Saxon. Prouinc. l. 1. art. 31.* hæc generalis regula præmittitur: **Mann und Weib haben nicht gezweyet Guth zu ihren Leibe.** Hoc iure ergo possident bona *pro indiuiso*, in communione, quamdiu viuunt, quod innuunt verba: **zu ihren Leibe**; mortuo quippe alterutro, communio per *diuisionem* tollitur, quod vel *statutariæ coniugum successiones*, vti vocantur, adhuc innuunt, quæ cum antiquitus ex communi patrimonio magis iure *diuisionis* facta fuit, ita adhuc hodie in dubio ex bonis vtriusque coniugis instituenda est. Quandoque tamen subsistit, si videlicet ex eo matrimonio liberi adsunt, cum quibus *communionem* superstes, repudiatis secundis nuptiis, continuat, vt plenius euincit B. HARPRECHT *de vsufruct. statutar. materno.* Addit vero Saxo: **Kein Weib mag auch ihrs Guths nichts vergeben, ohne ihres Mannes willen, daß er es durch Recht leiden darff**, quod per alienationem bonorum vxor præiudicaret marito, iure *communionis* patrimonio vxoris vtenti, reditusque inde percipienti, quod ius ICti vocare solent *vsumfructum maritalem*, termino ex *iure Latio* petito, sed non adeo commodo, quod plus sit percipere commoda ex bonis iure *communionis*, quam *seruitutis*, in sensu iuris Romani intellectæ. Denuo vero addit Saxo: **wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in sein Gewehr, und alles ihr Guth zu rechter Vormundschafft.** Est ergo vxoris *tutor legitimus*, et omnia eius bona simul cum ea possidet, et quidem cum pleno *effectu*, quia vox **Gewehr** indigitat *possessionem cum pleno iure*, omnia commoda *ordinaria et extraordinaria* inde percipiendi, sicuti emtori eiusmodi possessio est præstanda, id quod ni fiat, venditor eo nomine *euictionem* præstare tenetur, quod vocant

ex qua maritus vxoris bona pleno iure possidet

 cant

quod illustratur ex iure Suevico

cant die Gewehr leisten. In *speculo Sueuico c. 50.* iuxta *edit.* SCHANNATTI *p. 196.* et *c. 271.* iuxta *edit.* Dn. BERGERI *p. 56.* idem ius traditum est: Mann und Weib mögen nit haben kein gezwaites Guth. Similiter: ein Weib mag ihrs Guths nit geben hin an ihrs Manns Urlaub und an seinen Willn. Additur in *codice Bergeriano*: noch ein Mann an (vel ohn) seines Weibs Willen, quod et *uxoris* propter communionem intersit, ne bona diminuantur.

et diuersitas a Romano iure ostenditur

Equidem olim etiam iure Romano quædam *communio* inter coniuges vsitata fuit, vt ante declaratum est; verum ab hac, quæ inter Germanos obtinuit, longe diuersa. Iure Romano enim vxor erat in *manu mariti*, et vxoris bona ad maritum deuoluebantur, vt magis iure *proprietatis* ea possideret, solo vsu communi relicto vxori, cum spe succedendi, vt plenius supra traditum est. Ast *iure Germanico* vera magis *communio* inter coniuges locum habuit, ex natura *societatis indiuiduæ* et *arctissimæ*, quæ in connubio deprehenditur, quod Germani magis simplicitatem iuris Gentium secuti videantur, cum Romani suam communionem vel quasi ex alio subtiliori et rigidiori fundamento traxerint.

cuius vsus adhuc hodie superest

Atque hæc *communio* adhuc hodie retenta et propagata est ex legibus recentioribus Francorum, Thuringorum, Westphalorum, Saxonum, Marchicorum, imo ipsius patriæ meæ aliorumque, vt plenius demonstrat docetque Dn. de LVDEWIG, *cit. l.* Imo magis aucta est hæc communio, postquam distinctio inter bona *hereditaria* et *acquisita* in plerisque locis est abolita, et sublata tum per *iuris Romani* receptionem, quod hanc differentiam ignorauit: tum per pontificis bullam, qua in fauorem piarum causarum inprimis huius iuris distinctionem damnauit et abolendam esse censuit.

§. XXXII.

§. XXXII. Infinita hanc communionem bonorum confirmant corroborantque *monumenta antiqua*. Loquuntur diplomata et chartæ, donationes ecclesiis non aliter quam *communi consensu* et communi nomine factas fuisse, adeo, vt si *principaliter* maritus donauerit, simul tamen *vxoris* suæ mentionem fecerit, vt cum ea donare videretur, licet principaliter disposuerit. In *tradit. Fuldens.* a SCHANNATTO editis *n. XII.* occurrit charta de anno 757. hac formula: *Ego Rotharius et coniux mea, Sana mente sanoque consilio -- donamus* etc. Mox solus Rhotarius loquitur: *si quis vero, quod futurum esse non credo, si Ego ipse aut aliquis de heredibus meis vel proheredibus* etc. Sub *N. XX.* formula de anno 765. hæc occurrit: *nos bini Hobbertus et coniux mea Rhuada portionem nostram tradimus* etc. et paulo post: *quantum nobis genitores nostri dimiserunt, et nos ipsi conlaborati habemus*, quæ verba argumenta *communionis* et *acquæstus coniugalis* inferunt. Alia charta de anno 765. sub N. XXV. it. XXXIII. sistitur ibi: *quicquid ad nos noscitur peruenisse.* N. XXXVII. ibi: *totum laborem nostrum.* N. XL. ibi: *post nostrum amborum discessum donamus* etc. quo ipso communio in vita denotatur. Pariter N. XLI. ibi: *post obitum nostrum hæc omnia tradimus.* N. XLII. ibi: *post nostrum et filiorum nostrorum discessum.* item N. LXIV. LXXXV. Speciatim vero N. LXXXVI. charta occurrit d. anno 788. sub hac formula: *Ego Waluramus et coniux mea Waltrat -- hoc est quod donamus: in pago Wormacinsæ in villa quæ dicitur Trushamersheim, quicquid Waltrat ibi videtur habere* etc. quibus verbis maritus simul donat, quod vxoris ante matrimonium fuerat, de qua sola vxor, marito invito, nihil donare poterat. Sub N. LXXXVIII. similis donatio *communi nomine* occurrit sub hac formula: *quicquid proprietatis habemus ex iure*

communio hac ex antiquis chartis illustratur

quæ ostendunt maritum ecclesiis non aliter quam cum consensu vxoris donasse.

iure parentum et alio quocunque modo acquisitum, item N. XCII. XCIII. XCV. XCVII. ibi: *quicquid proprietatis habemus.* N. XCVIII. et C. ibi: *quod mihi Altfride, pater meus Althurinus ex iure proprietatis suæ in hereditatem reliquerat, et omne quod postea ibidem exquisitum et elaboratum habemus.* Porro N. CI. ibi: *quicquid simul elaboratum habemus:* hodie die Errungenschafft. N. CXXII. ibi: *quicquid nobis ex parenteli iure hereditauerunt parentes nostri.* Conf. N. CXXX. CLVIII. Notanter vero N. CLIX. vxor sola donat, hac tamen conditione: *vt per vestram præstantiam illud maritus meus Odilmar et filius meus Gerwin habeant ad vitam illorum.* N. CLXI. ibi: *quicquid proprietatis habemus.* conf. N. CLXV. CLXXVII. CLXXXII. CXCVIII. CCIX. CCX. CCXII. CCXLI. CCXLII. CCLXXII. CCCIII. CCCXV. Sed et N. CCCLXV. maritus principaliter quidem, nominata tamen simul vxore, donat sub hac formula: *Quicquid ibidem de alode parentum et qualibet ex causa ad me noscitur peruenisse.* Speciatim vero N. CCCLXXVI. de anno 824. occurrit formula: *communibus manibus tradimus*, quæ etiam repetitur N. CCCLXXIX. CCCCVIII. CCCCL. Præterea sub N. CCCCLII. *de anno 842.* occurrit formula: *Ego Gunthram cum coniuge mea Othrada trado de rebus meis mihi diuinitus collatis - quicquid moderno tempore iuste et legaliter proprietatis habeo, - - de iure meo in ius et dominationem S. Bonifacii trado*, qua formula aperte innuitur, maritum de bonis suis sine consensu vxoris nihil donare potuisse. Confer. præterea N. CCCCLXII. CCCCLXV. CCCCLXXV. CCCCLXXVIII. CCCCXCIV. CCCCXCVI. etc. Singularis sub N. DCLIV. occurrit charta de *anno 1239.* vbi donat Geslarus de Hoselstain sub hac formula: *communicato consensu coniugatæ meæ Mechtildis.* item N. DCLVI. ibi:

ibi: *coniuncta manu tradimus*, quæ formula etiam repetitur N. DCLVII. Similes formulæ etiam occurrunt apud MEICHELBECKIVM *in histor. Frising. tom. 1. P. 2.* vbi *n. 29.* donat Onolfus cum coniuge sua *manu commune. N. 31.* ibi: *cum consensu coniugis meæ.* N. 38. ibi: *ego ipse simulque cum illa tradidimus.* N. 56. et 57. ibi: *Ego Regiinbob pariter manu communi filii mei Hertolti nec non et coniuge meæ -- rem propriam et Alodem nostram -- tradimus.* Item N. 64. 89. 95. 153. ibi: *trado cum consensu mariti mei, nomine Anno, propriam hereditatem meam -- quod ego de propria mea hereditate cambiaui atque acquisiui.* N. 175. ibi: *hæc trado præsente marito meo.* Conf. N. 178. 179. Sub N. 188. occurrit donatio Altmanni, *qui tradidit, quicquid in suam partem ei euenit hereditatis, quando cum filiis suis partiuit;* qualis formula etiam N. 202. occurrit. Mortua enim vxore maritus cum liberis communia bona possidet, donec secundum leges, diuisione facta, a communione recesserit. Confer porro N. 189. 196. 198. 210. 265. ibi: *communis manibus tradiderunt.* N. 428. 440. 454. ibi: *quicquid proprio hereditatis aut acquisitorum præsenti tempore habere visi fuimus.* Porro N. 461. ibi: *tradiderunt communibus manibus.* N. 484. 635. 651. 675. ibi: *cum consensu et conniuentia vxoris meæ.* N. 676. ibi: *præsente coniuge sua tradidit.*

§. XXXIII. Secundum principium iuris Germanici concernit differentiam bonorum et quidem *immobilium*, in quibus Germani primarium suum constituerunt patrimonium, vtpote in quæ affectio hominum singularis cadere solet. Dn. THOMAS. *in select. feud.* §. *6. p. 13. seq.* Diuiserunt vero immobilia in *acquisita* et *hereditaria.* Illa dixere, quæ a præsente possessore nouiter titulo *singulari* acquisita erant; quæ

(2) *Distinctio inter bona hereditaria et acquisita*

quæ autem per viam *succeſſionis* ſeu titulo *vniuerſali* obuenerant alicui, *hereditaria* dicta ſunt. Vtriusque patrimonii, antiquitus diſtincti, paſſim fit mentio in antiquis monumentis. MARCVLFVS enim *lib. II. c. 7.* diſcrimen hoc accurate obſeruat, aiens: *Dono tibi omni corpore facultatis meæ vbicunque, vndecunque tam de* HEREDITATE *parentum, quam de* COMPARATO *vel quod* PARITER LABORAVIMVS. conf. IDEM *lib. I. c. 33.* et *in appendice Formul.* apud BALVZ. *c. 46. p. 461.* item *c. 47. 49. 52.* etc. Apud Dn. de LVDEWIG *in MSCt. reliq. tom. II. p. 365.* occurrit formula: *poſſeſſionis noſtræ tam hereditariæ quam acquiſitæ.* Apud MEICHELBECK *in hiſtor. Friſing. tom. I. p. 2. N. 140.* adeſt formula: *tam de proprio quam de acquiſito*; et *N. 194.* ibi: *propriam hereditatem atque emticam* it. *N. 169.* ibi: *proprie hereditatis vel acquiſitionis quicquid habere videtur.* In *tradit. Fuldenſ.* a SCHANNATTO editis *n. 36.* ſequens eſt formula: *quem genitor meus et genetrix mea mihi moriens dereliquerunt, et ego ipſe comparaui, aut de qualibet tracto, aut de comparato mihi prouenit.* Item *N. 63.* ibi: *de allodio parentum meorum vel de quolibet prædio ad me adtracto. N. 88.* ibi: *quicquid proprietatis habemus ex iure parentum et alio quocunque modo acquiſitum. N. 140.* ibi: *tam de paterno, quam de materno et aliunde exquiſito* item *N. 145.* vbi expreſſior formula adeſt: *quicquid mihi pater meus et mater et fratres hereditauerunt, et proprio elaboratu acquiſiui.* Ratio diuerſa horum bonorum hæc fuit, quod *acquiſita* ſub libera dominorum diſpoſitione eſſent; non item *hereditaria*, quæ ſine legitimorum heredum conſenſu alienari non potuerunt, excepto vrgentis neceſſitatis caſu, vt tamen his ius retractus ſaluum eſſet. *In iure Saxon. prouinc. lib. I. art. 54.* expreſſe diſponitur? Ohne des Richters Urlaub mag ein Mann

quæ ex antiquis documentis illuſtratur.

Mann sein eigen wohl vergeben mit der Erben Gunst. It. *in art. 52.* Ohne der Erben Laub und ohne Gerichte mag kein Mensch sein eigen Guth noch seine Leute vergeben. Equidem in genere Saxo hoc ius assignat dem eigen Guth, quod in sensu vulgari de vtroque accipi potest patrimonio. Verum recte obseruauit Dn. de LVDEWIG *diss. de donation. c. VI. §. 5.* vocem **eigen** in sensu iuridico accipiendam, vt designet *allodium*, quod Saxo male expressit per appellationem **des eigen**, loco, cuius potius nomen **des Erb-Guths** substituere debuisset, quod veteres *allodium* dixere. Quid? quod ex adductis formulis liqueat, *hereditaria* primario olim propria et *acquisitis* opposita fuisse. Hac de causa in antiquis monumentis, vbi de alienatione *bonorum hereditariorum* agitur, passim clausula: *cum consensu heredum meorum*, adiecta deprehenditur, vt *in tradit. Fuldens. N. 168.* *Ego Bleonsuind talem portionem, quæ mihi a parentibus meis in pago lagesgerue in villa Mechitamulin proprietatem* HEREDITARIO IVRE *contigit, consentientibus fratribus ac sororibus meis, nulloque parentum meorum et affinium contradicente* etc. In *MSCt. reliq.* Dn. de LVDEWIG *tom. II. p. 237.* diploma *de an. 1271.* habet hanc formulam: *cum consensu et conniuentia heredum meorum.* Et *p. 254.* in diplom. de anno 1307. ibi: *consensu omnium meorum heredum consanguineorum et nepotum.* Pariter in *diplom. p. 364. consensu legitimorum heredum nostrorum* et *p. 365. assensu filiorum meorum*, nec non *p. 462. in diplom.* de anno 1317. quo quidem donauerat proprietatem, *quæ ad se ex obitu propinquorum iure hereditario fuerat deuoluta*, et quidem sub hac clausula: *de consensu prædictorum heredum meorum.* Similis tenoris formulæ occurrunt *tom. I. reliq. p. 24. 35. 48. 52. 53. 109. 117. 185.* etc. In *annal. Frisingens.* MEICHEL-

Inde in alienatione hereditariorum consensus heredum fit mentio

BECKII *tom. I. p. 2. N. 55.* adest hæc formula: *assistente clero vel plebe nec non et generibus meis atque cognatis consentientibus.* Item *N. 162. cum consensu fratrum suorum.* Obseruaui tamen sæpissime donata esse ecclesiis *hereditaria bona* non adiecta prædicta clausula, quales donationes deprehendi *in tradit. Fuldensibus* sub *N. 47. 48. 61. 63. 79. 80. 83. 88. 100. 111. 117. 118. 119. 122. 143. 182. 244. 289.* etc. in quibus chartis satis euidenter *bona hereditaria* memorantur, nulla tamen facta mentione *consensus et conniuentiæ heredum*, adeo vt probabile sit, eum adhibitum non fuisse. Vt ergo hi ab euictione horum bonorum deterrerentur, variæ *execrationum* clausulæ adiectæ sunt, aliaque mala heredibus proposita, quorum metu plerique ius suum derelinquere coacti sunt.

Inde communionis diuersitas demonstratur.

§. XXXIV. Quæ cum ita essent, facile liquet, bona inter coniuges pro diuersa eorum indole fuisse communia, acquisita quidem *pleno iure*; hereditaria vero duntaxat quoad commoda et emolumenta constante matrimonio. Neque enim meo iudicio fas fuit vxori aut marito, per nuptias subtrahere heredibus legitimis bona *hereditaria*, adeo vt nequidem vxori integrum esset, ea marito *sine consensu heredum* donare, vt dicitur *lib. I. iur. prouinc. Sax. art. 31.* Darum mag kein Weib ihren Mann eine Gab geben an ihren eigen, (de bonis hereditariis) oder an ihrer fahrende Haabe (quam *geradam* vocant, in quam proximæ cognatæ ius habent) daß sie es ihren rechten Erbe nicht entfremde nach ihren Tode. Quale ius vero maritus in hæc bona consequatur addit statim Saxo: Denn der Mann mag an seines Weibes Guth kein ander Gewehr gewinnen, denn alß er zu dem ersten mit ihr empfing in Vormundschafft. Accepit videlicet *possessionem*

Hereditaria nequidem marito donabat vxor sine consensu heredum

neni bonorum horum cum iure percipiendi reditus ex legibus *communionis*, quatenus eam natura bonorum passa est. Maritus pariter de iure veteri *dotalitium* vxori in bonis *hereditariis* non aliter assignare poterat, quam cum consensu heredum, vt prouisum est in *Spec. Sueuico c. 68.* iuxta edit. SCHANNATTI. Es gibt ein Mann sein eigen seinem Weipp woll zu Leibgedinge mit der Erben Uhrlaub. Specialis exceptio erat in *morgengaba* iuxta *c. 67.* quæ ex his bonis poterat dari, one seiner Erben Urlaub. Idem ius quoque refert Saxo *lib. I. iur. prouinc. c. 21.* Man mag Frauen woll eigen geben zu ihren Leib mit der Erben Laub. Vnde rurius liquet, id ex qualitate horum bonorum peculiari tractum fuisse.

§. XXXV. Tertium iuris Germanici principium constituitur *in acquæstu coniugali*, cuius in formulis *§. 33.* adductis facta est mentio v. c. *quod pariter laborauimus*, illem de *collaboratu nostro*, vel *quicquid simul laboratum habemus*, quæ formula *§. 32.* adducta est. Atque hæc bona *communi labore acquisita* potissimum et principaliter inter coniuges erant communia, quod coniuges apud Germanos ab antiquo laborum communium socii fuerint. Testis est Tacitus *de moribus German. c. 18.* *Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur, venire se* LABORVM *periculorumque* SOCIAM, *idem in pace, idem in prœlio passuram ausuramque. Hoc iuncti boues, hoc data arma denunciant.* Diversis plane moribus viuebant vxores Romanæ, in quarum oppositione sine dubio TACITVS hoc adduxit, qua de caussa non mirandum, quod diuerso etiam iure vsi fuerint. Videlicet sicuti durante coniugio id, quod *communi opera* acquisi-

(3) *ac quæstus coniugalis* *prorsus inter coniuges communis*

quisitum, commune est secundum principia iuris Germanici; ita necesse fuit, vt, soluto matrimonio, quoque superstes partem de *acquæstu coniugali* ferret, non iure *successionis*, sed *societatis*, atque *communionis*. Inde vero manifestum redditur, (1) hanc *acquæstuum* communionem non ex conventione quadam, vt censet LAVTERBACHIVS *de societ. bonor. coniug. c. II. §. 1.* sed potius *ex statu ipso coniugii*, secundum mores Germanorum considerati, fluxisse, eique intime adhæsisse, adeoque *statuta*, quæ adhuc idem disponunt, vt speciatim *ius patrium prouinciale P. 4. tit. 5. §.* und dann, cum pluribus aliis vicinis, adhuc vestigia iuris prisci Germanici aperte docere, nec temere ex iure Romano, sed ex propriis fontibus explicanda esse. (2) Illud quoque certum est, non demum ante aliquot secula, vt ait IDEM *cit. l. c. II. §. 7.* sed ab omni æuo, quo Germanorum notitia inualuit, hanc *communionem* obtinuisse, et statutis demum repetitam esse. (3) Regulariter huc referri debent, quæ constante matrimonio acquisita sunt, modo vtrique conveniant: feudum constante matrimonio acquisitum a marito vel ideo quoad *substantiam* non fit commune, quod soli marito eiusque heredibus masculis datum sit; cetera autem ordinarie communia sunt, quod pluribus LAVTERBACH *c. IV. cit. l.* explicat. conf. B. D. de LYNCKER *de acquæst. coniugali.* ABRAHAMVS a WESEL *de connubiali bonorum societate* B. Dn. HARPRECHT *de vsufructu statut. materno*, in quo inprimis infinita *communionis pristinæ* vestigia occurrunt, quæ non statutis nouioribus debentur, sed *statui matrimoniorum* peculiari, quo Germani a Romanis magnopere erant distincti.

§. XXXVI,

§. XXXVI. Erant itaque, vt hæc tria capita contraham, apud Germanos olim omnia bona *communia* durante coniugio, *hereditariis* duntaxat exceptis, quæ quidem in *communi* habebantur *vsu*, citra tamen præiudicium proximorum consanguineorum, quibus ius succedendi in illa eripi non potuit. Huc collineat ICtus Belga IO. CATSIVS *p. 2. emblem. 22.* aiens: *maiorum nostrorum æuo tum adhuc exstarent veteris vestigia recti, vna erat ac simplex fere matrimonii ineundi ratio, vt iuxta eam nuptiis omnium bonorum societas inter coniuges videretur contracta.* Idem quoque obseruat WESELIVS *de connubiali bonor. societ. tr. 1. n. 17.* docetque ex hoc fonte communi adhuc hodie in Belgio superesse *bonorum communionem* multisque aliis in locis. Quæ cum ita sint, facile liquet, an et quatenus inter coniuges donationes fieri potuerint? Etenim 1) expeditum est ex antea dictis, donationes *rerum hereditariarum* fieri non potuisse, non quidem ex rationibus *iuris Romani*, sed ex propriis caussis, quod legitimis heredibus hæ interuerti non potuerint. Ita enim perspicue traditur in *iure prouinc. Sueuic. c. 88.* ex edit. SCHANNATTI vel *c. 272. p. 57. iuxta edit. Bergerianam.* Ein Weib mag ihren Man kein Erbe geben, daß sie dennoch nicht geerbet hat und daß sie noch wartet zu erben; also mag auch der Mann seinem Weib noch niemant dem andern kein Erbe geben, daß et dennoch nicht geerbet hat. Verba hæc duntaxat videntur excludere bona hereditaria futura, quorum successionem sperat coniux; sed non alia ratio huius dispositionis est, quam quod *hereditaria* siue *præsentia* siue *futura* ab omni donatione exemta sint, nec legitimis heredibus interuerti queant, adeoque etiam ad *præsentia hereditaria* hæc verba applicari possunt, quod ex *iure Saxon. prou. lib. 1. art. 31.* iam antea explicaui atque illustraui. (2) Pari

communionis in Germanos coniuges ratio

rerum hereditariarum donatio non habebat locum inter coniuges

Nec vxor geradam donare potuit marito.

ri ratione vxori integrum non fuit, de *bonis geradicis* aliquid marito donare, quæ iure antiquo ad proximas agnatas deuoluta sunt. Vtrumque coniungit Saxo *cit. l.* Darum mag kein Weib ihren Mann eine Gab geben an ihren eigen, (de bonis hereditariis) oder an ihrer fahrenden Haab, (quæ mobilia olim possedit mulier, *geradica* erant) daß sie es ihren rechten Erben nicht entfremde nach ihren tode. Rursus hæc prohibitio debetur iuri Germanico, quod vel inde liquet, quia tantum hæ donationes sunt prohibitæ, nulliusque valoris, inuitis legitimis heredibus. Ergo consentientibus iis permissum est vxori et res *hereditarias* et *vtensiles* marito donare, quod a contrario sensu colligitur. Neque enim iure Germanico donatio *absolute* prohibita fuit inter coniuges ex ratione *matrimonii*, vti penes Romanos moris erat, sed ex *qualitate bonorum*, quæ in præiudicium eorum, quibus ex *lege Germanica* debebantur, in alium quemcunque, et sic nec in maritum, nec ab hoc in vxorem, transferri poterant. (3) Quæ ante matrimonium titulo singulari ab alterutro, vel etiam constante coniugio *communi labore* vel *opera* acquisita erant, communicabantur inter coniuges, et *pro indiuiso* communia erant, vt alter sine alterius consensu eadem per donationem minuere non potuerit. Volente et consentiente altero valida erat harum rerum donatio in quemcunque, quod ex variis diplomatum formulis iam supra illustraui, quia in tali donatione duntaxat præiudicium coniugis aderat, cui integrum fuit, iuri suo renunciare. Necesse tamen erat, α) vt donator sanus esset corpore et animo, vt periculum bonæ valetudinis facere posset, quod pluribus egregie edocet Dn. de LVDEWIG de *donat. diff. III. c. 6.* β) vt in immobilium donatione *auctoritas iudicis* accederet per *ius prouinc. Saxon. lib. I. art. 8. c. 52.* Equidem his

nisi consenserint legitimi heredes

acquisita donari potuere

modo sanus esset dans

et auctoritas iudicis accederet

his euidenter contradicere videtur Saxo *lib. I. art. 52.* his verbis: Wer in Kranckheit auch sein Haab und Guth vergiebt oder versetzet zu der Zeit, als er es nicht thun mag, das Weib und das Imgesind soll niemand darum beschuldigen, sinthemahl sie des Mannes Gab doch nicht wiedersprechen möchten, sie wäre recht oder unrecht. Sed res salua est; id tantum quæritur, an regressus sit contra vxorem vel familiam mariti iniuste donantis ideo, quod donationem non impediuerint, si forsan res a donatario recuperari non possit? Hoc negat Saxo, adeoque loquitur de donatione *de facto* a marito facta; quam vxor *sua contradictione* impedire non potuit; non quod marito ius fuerit, etiam *inuita vxore* donandi, sed quod si illam impedire non potuit, conueniri ab his, quorum interest, non possit. Quæ *inter viuos* maritus alienat, ea non sunt periculo vxoris, sed de iis tantum tenetur, quæ *post mortem* supersunt, vt statim additur: das Weib antwortet für kein Guth des Mannes, dann für das, das zu der Zeit ihres Mannes Todt unter ihr erstorben ist.

§. XXXVII. Sicuti ergo de his *acquisitis* aliquid donare potuit aliis, præsuppositis præsupponendis, ita nulla ratio iuris obstat, quo minus de iis etiam coniux coniugi valide donare potuerit. Equidem SCHILTERVS *ex. 36. §. 101.* contra hanc sententiam adducit textum *iur. Sax. prou. lib. I. art. 31.* qui tamen tantum de *auitis* et *geradicis bonis* agit, in quibus ius est cognatis quæsitum, et quorum consensus in alienationem desideratur, quod tamen non potest trahi ad *acquisita.* Id diserte Saxo *cit. l. art. 52.* de *mobilibus* prædicat; Alle fahrende Haab gibt der Mann woll ohne Laub der Erben in allen Städten und an allen Ohrten. *Valide coniux donat coniugi de acquisitis*

Idem dicendum de *acquisitis immobilibus*, in quibus consanguineis nullum ius quæsitum. Si ergo aliis donare hæc potuit, cur non etiam vxori? Sane *status connubialis*, vti apud Romanos his donationibus non obstabat, nec ratio aderat, cur ex *metu diuortii* donari haud potuerit; neque *communio* impediebat donationem, cum etiam res *pro indiuiso* communis socio donari queat maxime liberis non extantibus, quo casu frequentes apud Germanos coniuges erant *donationes reciprocæ* vniuersorum bonorum, de quibus disponere poterant, vt docent FORMVLAE MARCVLFI *lib. I. c. 12.* apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 381. seq.* vbi additur hæc ratio: *pro eo, quod filiorum procreationem inter se minime habere videntur.* In hoc casu, quia testamentorum vsus deficiebat, mutuæ donationes de omnibus bonis fiebant, quibus reuera *successio pactitia* inducebatur. Similes formulæ occurrunt *lib. 2. c. 7. 8.* imo etiam de rebus particularibus ex SIRMONDI collectione apud EVNDEM *cit. l. p. 477. seq.* quæ tamen iam aliquid ex principiis iuris Romani sapiunt ex imperitia concipientis.

maxime non extantibus liberis

Quo iure hodie vtamur?

Rationes pro Romani vsu.

§. XXXVIII. Conuenire ergo *ius Germanicum* cum *Romano* videtur, si externum colorem tantum intuemur. Reuera autem magnopere differt, vt hactenus indigitatum fuit. Quocirca paucis adhuc inquirendum, quo iure hodie vtamur in prouinciis Germaniæ, Romano an veteri patrio? Illi grauissimum pondus conciliauit ius *canonicum*, quod exacte iuris Romani sententiam regustauit, prout *§. XXVIII.* obseruaui, vnico tantum modo superaddito, quo donationes hæ corroborari queunt. Quis autem nescit, quam altas ius pontificium radices egerit in foris Germaniæ, adeo vt cladem insignem iuri patrio non tantum intulerit, sed etiam ipsum

ipsum ius Romanum simul in praxin deduxerit, adeo vt in quibus iuris articulis vtrumque ius conspirat, concordatque, magnam in foris nostris habere soleat autoritatem. Non ergo mirandum, quod SCIPIO GENTILIS *lib. I. de donat. int. vir. et vx. c. I. circa finem* asseruerit, donationes has interdictas, *palam iure ciuili et pontificio, totiusque*, (addens,) *vt existimo*, *Europae consuetudine;* quod dogma etiam suum fecit LAMBERTVS GORIS *tr. I. aduers. c. VIII. n. 6.* et ex praxi Belgica illustrat VOETIVS *ad tit. de donat. int. vir. et vx. §. 17.* *Consensus ICtorum.*

§. XXXIX. Verum enim vero nec *Romana* nec *canonica* scita id efficere potuerunt, vt iuris Germanici principia *in totum* abolerentur. Hoc inter coniuges, *qua tales*, seu ex *eorum statu* non prohibuit donationes, vti quidem ius Romanum, sed impedimenta, quae his donationibus posuit, magis ex *qualitate bonorum* deriuauit, vt antea obseruaui. Proinde 1) nec *morgengabas* in iure Germanico fundatas, euertere potuit ius Romanum, quae nihil nisi donatio mariti in vxorem post *primum concubitum* sunt. Audiamus Saxonem *lib. I. art. 20.* Nun vernemt, was ein jeglich Mann von Ritters Ahrt mög seinen Weib zu Morgengab geben, des Morgens, als er mit ihr zu Tische gehet, vor Essens ohne der Erben Laub. Si hoc donum secundum regulas iuris Romani esset aestimandum, inualidum censendum foret, cum ne quidem ipsa nuptiarum die, matrimonio contracto, donatio valide fieri posset, vti *§. XVI. p. 14. ex l. 66. de donat. inter vir. et vxor.* obseruaui. Pariter in *speculo Sueuico c. 67. ex edit.* SCHANNATI iuris antea relati de *morgengaba* sententia repetitur, cuius iura specialius non euoluam, ab aliis iam satis euoluta. Id tantum inde concludo, *Rationes potiores pro Germanico* *exemplo morgengaba*

cludo, *matutinale* hoc *donum*, quod hodie adhuc supereſt, optimum præbere argumentum, donationes inter coniuges nec hodie abſolute eſſe prohibitas, idque ex ſententia iuris Germanici. Neque audiendum eſſe cenſeo, qui donum hoc hodie deberi ex *præcedente pacto*, ante nuptias iniri ſolito, obiecerit; neque enim tale pactum *abſolute* neceſſarium eſt, ſed maioris tantum ſecuritatis gratia de hoc dono ſponſa cum ſponſo paciſci ſolet. Sed quid ſi id non fecerit, ſi maritus vxori nouellæ, altero die nuptiarum, matrimonio per conſcenſionem thalami iam conſummato, ſponte tale donum obtulerit, beneuolentiæ coniugalis teſtandæ gratia? an id reuocare poſtea poſſet coortis forte inimicitiis? De iure Romano id ſine dubio ei integrum foret, non de iure hodierno, vt irriſione dignus foret, cum SICHARDO, qui iuris peregrini doctrinam hic applicaret. Audiamus ipſum SICHARDVM *ad rubr. C. de donat. ante nupt. n. 12.* confeſſionem ſatis ingenuam, ſed imperitam ſimul: *quamuis hodie illa donatio habeatur pro valde valida, propter errorem iuris; tamen ego puto, non tenere propter rationem, quæ traditur communiter in tit. de donat. inter virum et vxorem. Certum enim eſt, quod illa donatio fit iam conſtante matrimonio poſt copulam. Itaq; ſi ſolueretur morte vxoris vel diuortio crederem eſſe inualidum: ita conſului, ſed fui irriſus.* Merito ſuo deriſus fuit SICHARDVS, quia in ipſa Germania iura docens demonſtrauit, ſe iurium patriorum prorſus imperitum, et peritia iuris peregrini tantum tinctum fuiſſe, quod Romani quoque in ICtis improbarunt, *turpe eſſe*, aſſerentes, *cauſas oranti* et multo magis profeſſori, *ius*, *in quo verſaretur*, *ignorare. l. 2. §. 43. D. de orig. iur.*

§. XL.

§. XL. Caue vero (2) existimes, hoc vnicum forsan iuris Germanici vestigium ex ruinis patriorum morum superesse, in ceteris vero ius Romanum vnice attendendum; nam quamuis negare nequeam, *ius Romanum*, obstetricante iure canonico, passim ius antiquum patrium conculcasse, eius tamen vsum multæ prouinciæ adhuc conseruarunt, vti demonstratum est a Dn. PRAESIDE in *vsu modern. Strykiano* ad *tit. de donat. inter vir. et vxor. §. 3. seqq.* et a LVDEWIGIO *de different. iur. in SCto Vellei. p. 61. seqq.* Iure *Borussico* et *Lubecensi* coniuges, nullis extantibus liberis, sibimet inuicem donare posse, in *vsu modern. cit. l.* euictum est, quod iuri veteri, vt *formulæ* MARCVLFI docent, debetur, non Romano; quamuis enim hoc quoque reciprocæ donationes validæ iudicentur, id tamen non aliter intelligendum, quam quatenus *æquales* sunt, *l. 7. §. 2. de donat. int. vir. et vxor.* quod tamen iure veteri patrio ex plena donandi libertate non desideratur. Quod vero liberis exstantibus talis donatio permissa haud fuerit, id liberorum gratia factum, ne iis bona debita interuerterentur, quia magis iure Germanico debentur liberis quam iure Romano. De *iure Hamburg. p. III. tit. I. art. 14.* de bonis acquisitis vxor donare potest marito *secundum quid*: Die Erben mögen ihr auch nicht wegern, ziemliche Gaben, doch nicht über den dritten Theil, ihren Mann zu thun von solcher wollgewonnenen Güthern; wolte sie aber ihr gantze Antheil, ihren Manne die Zeit seines Lebens zu gebrauchen geben, soll er gnugsahme Versicherung thun, solche Güther nach seinen Tode den rechten Erben unverringert wieder zustellen zu lassen. Noui, quæ hic obiicere soleant amatores iuris peregrini: hæc et plura alia esse iura particularia, quæ quælibet ciuitas sibi pro lubitu constituere potest: inde non euerti et eneruari iuris Romani

Supersunt praeterea plura iuris prisci vestigia

in nonnullis Germaniae prouinciis

non iure quodam nouo demum introducta.

ni vſum: ius Germanicum iam dudum ſepultum eſſe, fruſtraneosque eſſe eorum conatus, qui iura antiquata reſuſcitare amant: in his non viuendum nec operam iis impendendam: regulæ potius ſtandum, quam ius Romanum tradit, inculcat, præſcribit, et quæ ſunt alia obiurgationum vulgarium momenta. His vero et ſimilibus obiectionibus non moueor, qui perſuaſiſſimum habeo, horum iurium, a moribus Romanis recedentium, *fontem* eſſe *vniuerſalem*, pedetentim tantum in quibusdam inmutatum, et ex iure antiquo patrio deriuandum, quo ipſo oſtenditur, falſum eſſe, ius hoc in totum exſtinctum eſſe, imo falſum, hoc ius eſſe recentius aliquod quarundam ciuitatum inuentum, pro lubitu contra ius Romanum introductum. Vnde enim adhuc hodie communio vniuerſalis in tot prouinciis ſupereſt? vnde *acquæſtuum coniugalium* communis acquiſitio, quam ius Wurtembergicum ſancte ſeruauit, deriuanda eſt, niſi ex antiquo iure, quod vel ex TACITI temporibus repeti poteſt?

Vſus Saxoniæ

§. XLI. Adhuc hodie quoque in *Saxonia* permiſſæ ſunt donationes inter coniuges, ſi a parte vxoris, aſſiſtente curatore, quem ad hunc actum ſibi conſtitui fecit, donatio facta, auctore quoque iudice. CARPZOV. *p.* 2. *C.* 13. *def.* 26. Eodem iure et hereditaria bona ſine *heredum* conſenſu donari non poſſunt, quod iure nouo reſtrictum eſt ad liberorum conſenſum per *Conſt. Elect.* 12. *part.* II. Vnde iuſta dubitandi cauſa naſcitur; vtrum maritus vxori donare poſſit *hereditaria* ſine liberorum conſenſu? Iure veteri ſane id non licuit per *art.* 31. *lib.* 1. *iur. Sax. prouinc.* quamuis pedetentim ab hoc in quibusdam receſſerit ius recentius. Præterea vero iure *Auſtriaco*, *Tirolenſi*, *Boico*, *Marchico*, *Franconico*, *Francofurtenſi* aliisque valent donationes huiusmodi, maxi-

et aliorum locorum

maxime deficientibus liberis, vt distincte ostendit Dn. de LVDEWIG *cit. l.* quod aliis locorum statutis quoque firmatum dedit HENRICVS GISEBERT. in *pericul. secund. statutor. art. 37. n. 181.* Quod vero extantibus liberis donationes sint interdictæ, id rursus non est ex iure Romano, sed rursus ex ratione propria domestica, vnice fauorem liberorum respiciente, quibus spem succedendi plurimi Germaniæ populi imminuere noluerunt, vt ostendunt *formulæ Marculfianæ* antiquissimæ. His addo *iuris Norici* dispositionem, quæ *p. II. reformat. tit. 25. leg. 7.* hoc modo donationes permittit: So ein Ehegenoß dem andern in seinen Leben inzit bescheidentlich aus freyer Willkühr schenckete, und unbezwungen würcklich übergebe und einanwortet, alß dan ist dieselbige Gab oder Schenckung kräfftig. Excipiuntur tantum donationes *immodicæ;* quæ vero tales sint, iudicis arbitrio æstimandum est: Welche Gab oder Schänckung für beschaiden oder unbeschaiden zu halten, soll nach Vermügen des Hingebers zu Erkäntnis des Gerichts stehen. In casu secundarum nuptiarum restricta est donatio per *leg. 8.* vt in secundum coniugem plus per donationem conferri nequeat, denn als viel einen Kinde aus erster Ehe oder den Enckelin, die anstatt ihrer Väter und Mütter für ein Person zurechnen, werden mag. De *iure prouinciali Wurtembergico* idem dicendum esse arbitror, postquam animaduerti, illud quoad *acquæstum coniugalem* cum vicinis locorum iuribus conspirare, et se ad mores antiquos Germaniæ conformare, inprimis quoad coniuges. Optime de *statu connubiorum hodierno* edisserit, iudicatque B. Dn. de LYNCKER, *diss. de acquæst. coniug. §. 12. in f.* et, *Hodie*, ait, *propter communia lucra sunt prorsus aliter vxores in domo mariti constitutæ, ex consuetudine patria, ex ordinationibus et statutis: non propter solam*

De iure Würtembergensi speciatim hoc ostenditur

ſolam prolem, ſiue generationem liberorum, ſed mutuum quoque auxilium in acquiſitione coniugali. Romani ſolum reſtituebant dotem, ad onera ſuſtinendi matrimonii conceſſam; Germani præter dotem ex matrimonio quæſtum vxori tribuunt, propter communia onera et commoda. Imo in hoc quoque ſeſe conformat ius prouinciale Wurtenbergenſe ad antiqui iuris rationes, quod ſuperſtes coniux, abiectis ſecundis nuptiis, cum liberis ex coniugio ſuſceptis *bonis communibus* fruatur, vt plenius oſtendit B. HARPRECHT in *tr. de vſufruct. ſtatut. materno p. 17.* quod ius non aliunde quam ex *communione*, in quam mortuo coniuge cum liberis incidit, repetendum. Donationem vero tunc demum validam eſſe arbitror, ſi matrimonium eſt improle, prout vicina quoque iura diſponunt: quod ſi enim donatione facta, liberi demum naſcantur, donatio quæuis, etiam in extraneum irritatur, ſi vel maxime iuri reuocandi eam fuerit renunciatum, quod hæc renunciatio in præiudicium liberorum vergat, quibus illa fraudi eſſe nequit v. BESOLD. *in diſp. ad p. 2. iuris prouinc. Wurtenberg. n. 131.* Vel hoc ipſum oſtendit, id non petendum eſſe ex *l. 8. C. de reuoc. donat.* vtpote cui renunciatio derogat, ſed ex limpidiſſimo *iuris Germanici* fonte, cuius amor, ſtudium, peritiaque non auellendum a *iuris Romani* ſcientia, ſed in id deſudandum, vt *vtriusque iuris doctores* in Germania ex ipſa rei veritate nominari valeamus.

EXER-

EXERCITATIO LXXIII.

AD PAND. LIB. XXIV. TIT. III.

DE
PRIVATIONE DOTIS ET SVCCESSIONIS STATVTARIAE EX CAPITE ADVLTERII.

CAP. I.

DE POENA DISCIDII SECVNDVM IVS ROMANVM.

ARGVMENTVM.

I. Diuortiorum ratio praecipue apud Romanos. II. Cura pro conseruanda dote mulieris diuertentis. Inde fauor dotium. III. Nuptiae sine dote non legitimae, nec mulier facile priuatione dotis punita. IV. In poenam discidii tamen priuatio dotis statuta. V. Ante Legem Iuliam actio de moribus recepta. VI. Diuortio culpa vxoris facto, dote mulctabatur, VII. non vero integra, sed parte. VIII. Sententia Legis Iuliae. IX. Vxore diuertente, maritus partem dotis propter liberos retinebat. X. Diuortio propter mores vxoris facto, pars dotis lucro mariti cedebat, XI. veluti ob adulterium, et religionem peregrinam. XII. Vestigia huius iuris in Digestis. XIII. Aduersus hanc poenam nulla restitutio

tutio in integrum. Quando cessauerit poena? XIV. Quid iuris diuortio culpa mariti facto? XV. Poena omnis cessat, diuortio ex vtriusque culpa eueniente. XVI. Diuortiorum libertas lege Constantini restricta. XVII. Iustiniani variae de ea sanctiones. XVIII. Iuris Canonici dispositiones.

§. I.

Diuortia olim libera,

Laxissimus olim apud plerasque gentes *diuortiorum* fuit vsus, vt vel ob leuiores causas diuertendi licentia integra, et ita vinculi connubialis sanctitas admodum suppressa atque extincta esset, obseruante SELDENO *de vxore Hebraea c. 22. seqq.* Nec minor Hebraeorum libertas in disiungendis matrimoniis fuit, si Hillelianae sectae sententiam, vsu populari fundatam, spectas. In tanto abusu tamen gentes agnouere, iustius non dari diuortium, quam ob laesam per *adulterium* fidem coniugalem, qua vxor inprimis pudicitiam suam vulgabat. Neque in hac *discidii poena*, vti in *l. 8. D. de captiu. et postlim. reu.* ICTVS poenas violati coniugii vocat, subsistere placuit; plures aliae, quandoque atrociores, pro populi cuiusuis ad vindictam et aemulationem procliuitate adulteris imminebant poenae. Apud Romanos olim ipse maritus legitimus in vxorem adulteram iudex, et criminis huius erat vindex, tradente DIONYSIO HALICARNASSEO *lib. 2.*, rariora tamen huius generis iudicia, quo sanctius in prima Romanorum simplicitate, luxu deficiente, colerentur haec foedera. Nam quod mirandum, *repudium inter vxorem et virum a condita vrbe vsque ad vigesimum et quingentesimum annum nullum intercessisse*, refert VALERIVS MAXIMVS *lib. 2. c. 1. §. 4.* et regustat TERTVLLIANVS *de monogam. c. 9. in fin.* primusque huius divortii

inprimis admittenda in casu adulterii,

grauiter apud Romanos vindicati.

vortii auctor refertur SPVRIVS CARVILIVS non ob vxoris *adulterium*, sed *sterilitatem*, a quo tempore cautiones rei vxoriæ necessarias fuisse visas scripsit SERVIVS SVLPICIVS in libro, quem composuit *de dotibus*, obseruante GELLIO *lib. IV. c. 3.*, vt quid circa *dotem* reddendam statuendum esset, sciretur.

Inde varia iura orta circa dotem.

§. II. Paulisper, vt mores hominum quotidie in deterius ruunt, maior diuortiorum inualuit licentia apud Romanos, quæ ad varia noua iura, maxime circa dotem condendam, ansam dedit. Sicuti enim hæc feminarum vnicum fere patrimonium erat, vnde finito matrimonio viuerent et pescerentur; ita magnopere operam dabant, ne hæ vxoribus facile interuerterentur, illisque, vbi ad inopiam essent redactæ, occasio præberetur, illicito quæstu victum sibi comparandi: quo intuitu PAVLVS in *l. 2. D. de iur. dot.* censuit, *reipublicæ interesse, mulieres dotes saluas habere*, et POMPONIVS confirmat in *l. 1. D. solut. matrim.*, adeo vt pro conseruandis dotibus plura iura singularia constituta, *l. 18. de rebus aut. iudic. poss. l. 12. qui pot. in pign. bab.* nec pacta hisce aduersantia admissa fuerint. *l. 5. §. 2. l. 6. de pact. dotal.* quin in ambiguis pro dotibus esse respondendum crediderint. *l. 70. de iur. dot.*

cuius magnus fauor fuit.

Nec nuptiæ sine dote legitimæ

§. III. Tantus semper ardor dotium conseruandarum fuit, sine quibus nubere non poterant; nam sine dote nuptiæ olim turpes habitæ, et ferme pro concubinatu, vt PLAVTVS *in trinumm. act. III. Sc. 2. vers. 64.* testis est:

Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.

 et

et ita, *dotalibus instrumentis compositis*, hæc, quæ antea concubinaria erat, iusta et legitima fiebat vxor. Non facile ergo vxor dote mulctabatur, ne quidem indistincte ob crimina maiora, ob quæ alias bonorum publicatio instabat. Ait VLPIANVS *in l. 3. d. bonis damnat. Quinque legibus damnatæ mulieri dos publicabatur: maiestatis, vis publicæ, parricidii, veneficii, de sicariis*, quod quidem mariti vel patris gratia, ad quem dos quandoque reuertebatur, constitutum est, *l. 5. pr. eod.* sed etiam præterea vxoris causa, quæ nequidem per *deportationem* vxor esse desinebat, si mutua coniugum affectio salua esset. *cit. l. 5. §. 1.* Quæ cum ita sint, palam est, ne quidem ex causa adulterii dotem integram publicatam fuisse: et licet vxor domo mariti eiecta periculum dotis amittendæ incurreret, non tamen integram eam amittebat, nec præterea facultatem nubendi amittebat, vt iactura hæc dotis reipublicæ non noceret.

nec facile ob crimina vxor dote mulctabatur.

§. IV. Non mihi animus est, omnes adulterii pœnas nunc persequi, sed tantum circa *priuationem dotis* occupatus ero, quæ pœna *discidii* erat, non tantum in casu adulterii, sed si alias culpa sua diuortio causam dederat vxor. *l. 8. de capt. et postlim. reu. l. 19. de verb. oblig. Discidium* enim nihil aliud erat quam *diuortium*, quod per illud *discinderetur* coniugium, atque vxor discedere cogeretur a marito hac formula vtente: *res tuas tibi habeto: res tuas tibi agito.* BRISSON. *in comm. ad L. Iul. de adult. l. 28.* vel etiam maritus ab vxore, si ille in culpa esset. Notissimus est huius vocabuli significatus, vt non *dissidium* in *cit. tx.* sed *discidium* legendum sit, quod CHARONDAS in sua editione recte obseruauit. *Diuortium* enim ea voce donotatur, vid. SALMASIVS *ad Solin. tom. I. p. 43.*, adeoque CICERO *orat.*

In pœnam discidii tamen priuatio dotis obtinebat,

orat. pro Cluent. p. 332. edit. Londin. ait : *saepe fieri diuortia atque affinitatum discidia vidimus.* Imo et in genere illa insignem quandam animorum alienationem inuoluit, quae in diuortio deprehenditur. Ita CIC. *de orat. lib. 3. p. 126. in f. Hinc discidium illud extitit quasi linguae et cordis.* IDEM *in orat. pro M. Caelio p. 447. b. magnum rursus odium video cum crudelissimo discidio extitisse ;* et *pro Q. Ligar. p. 448. belli discidio distractus a fratribus etc.* Lege *Iulia* et *Papia* etiam de huius *discidii* poena actum fuisse, ostendit variis argumentis IACOBVS GOTHOFREDVS in *quatuor fontibus p. 293.* quae simpliciter *poena legum* vocatur in *l. 19. de verb. oblig.*, cum conclamatum sit, appellatione *legis* vel *legum* vtplurimum intelligi *Iuliam* et *Papiam*, vt docet *l. 31. de LL.* eiusque inscriptio. Contenta huius legis et quidem *cap. XXI.* haec fuisse tradit Gothofredus : *soluto citra culpam vxoris matrimonio vir quicquid ex vxoris eiusue libertorum bonis ad eum peruenit, aut dolo malo eius factum erit, quo minus ad eum perueniret, tam ipse quam heres eius, quanta pecunia erit, tantum pecuniae vxori dato.* *fundata in lege Iulia et Papia.*

§. V. Ceterum iam ante leges Iulias *de maritandis ordinibus* obtinebant *poenae discidii*, vt disquireretur, cuius culpa factum esset diuortium? Si *bona gratia* et mutuo consensu discedebant, res salua, et poenae non erat locus. Si alterutrius culpa, aliud dicendum. Hunc in finem *accusatio de moribus* locum habebat, quae erat *priuatum iudicium*, cum tantum de *poena ciuili* contentio esset, et ita ab *accusatione adulterii*, ad *publicum iudicium* referenda, distinguenda, vt optime obseruat BRISSONIVS *ad L. Iul. de adult. c. 19.* In *l. 1. C. Theod. de dotib.* eadem caussa vocatur *de moribus actio*, assériturque, eam neque heredi (quia ad vindictam tendebat) *Imo ante eam iam recepta,* *Hunc in finem obtinebat de moribus accusatio,*

bat) neque in heredem (quia pœnam persequebatur) dandam esse. conf. *l. 15. §. 1. solut. matrim.* In hoc iudicio de *moribus* seu de *iniuria illata*, sub qua etiam *adulterium* comprehendebatur, agebatur, et ita *coercitionem morum* continebat; *l. 15. §. 1. solut. matrim.*, quæ quidem in *l. 5. pr. de pact. dotal. publica* appellatur, non alio sensu tamen, quam quo *publica* dicuntur, quæ ob *vtilitatem publicam* constituta fuere, *l. 38. D. de pact.*, quorsum etiam *pœna discidii* pertinebat, vtut *priuata* esset intuitu eius, cui applicaretur. Cognitio de hoc iudicio ad prætores spectabat, vt aliarum pœnarum ciuilium persecutiones eorum potestati subiectæ erant, dato tamen iudice pedaneo. Docet hoc ipsum PLINIVS *lib. XIV. c. 13.* referens, mulierem, quæ vinum bibisset, et a marito eiecta esset, dote mulctatam fuisse a iudice. *Cn. Domitius*, ait, *iudex pronunciauit, mulierem videri plus vini bibisse, quam valetudinis causa viro insciente, ac dote mulctauit*, post diuortium scilicet, vbi *de moribus* a marito actum erat. Equidem apud censores de *moribus* actum fuisse, colligendum videtur ex AVTORE ad *Herennium lib. 2.* *Si nihil eorum fieri poterit, vtatur extrema defensione, et dicat, non se de moribus eius apud censores sed criminibus aduersariorum apud iudices dicere*, quorsum etiam alia loca pertinent, sedulo collecta a IACOBO RAEVARDO *lib. IV. varior. c. 13.*, quæ hunc maximi nominis ICtum induxerunt, vt crederet, hoc iudicium *de moribus*, quod inter coniuges *post diuortium* locum habebat, coram censoribus peractum fuisse. Verum hunc errorem iam solide et perspicue refutauit THOMASIVS *de iudic. et censura mor. c. I. §. 2. et c. II. §. 12. sqq.* Videlicet *accusatio de moribus* sumebatur vel in *sensu generali*, vel in *speciali*. In illo mores ciuium lasciui et intemperantes in genere denotabantur, et

prætore cognoscente,

post diuortium,

non vero censore iudicante,

et horum iudicium censorum erat: in hoc vero *mores* denotabant *culpam* vel *iniuriam* coniugis, ob quam *diuortium* factum erat, et cuius nomine ad *pœnam discidii* agebatur, quod iudicium non poterat non ad prætorem pertinere, sicuti actiones *rei vxoriæ* et ex stipulatu propter dotem, quibus dos repetebatur, cui repetitioni tamen obstabat exceptio: *culpa vxoris factum fuisse diuortium.* Sicuti ergo per modum *exceptionis* coram prætore pœna *discidii* opponi poterat, ita etiam coram eodem de illa agendum erat, quod per *actionem* de *moribus* fiebat. *in hoc iudicio de culpa et iniuria coniugi facta agebatur.*

§. VI. Pœna *discidii* culpa vxoris causati *priuatio dotis* erat, siue in *adulterio* siue in alio facto illicito quæsita esset. Iam traditum, vxorem iudice *Cn. Domitio*, dote mulctatam fuisse, quod viro insciente et non valetudinis causa vinum bibisset, quippe quod *lege Romuli* vxoribus prohibitum erat sub pœna mortis teste DIONYSIO *lib.* 2. Adulteris speciatim *iactura dotis* olim imminebat, quæ causa diuortii principalis erat. HORATIVS *lib. I. sat. 3. in fin.* hoc indigitat his versiculis: *Si culpa vxoris diuortium factum dote mulctabatur vxor, inprimis ob adulterium.*

- - - - vel pallida lecto
Desiliat mulier, miseram se conscia clamet:
Cruribus (alii *connubio*) *hæc metuat, doti, deprensa, etc.*

h. e. metuit doti suæ, ne adulterio deprehensa a viro dote priuetur. Alio testimonio idem illustrat VALERIVS MAXIMVS *lib. VIII. c. 3. §. 3.* adducens exemplum Caii Titinii Minturnensis, qui Fanniam vxorem impudicam de industria duxerat, vt eo crimine repudiatam *dote spoliare* posset. Consilium in effectum deduxit, sed Fannia acriter contradixit. Proinde C. Marius *sumtus inter eos iudex*, qui *in conspectu habita quæstione subductum Titinium monuit, vt ab*

ab incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronunciare, mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnauit; (seu vt dotem restitueret) *praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, quod liqueret sibi, Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem impudicae coniugium expetiisse.* Formulam sententiae, more Romano, ex his VALERII verbis composuit hanc AERODIVS *lib. IV. rer. iudic. tit. 17. c. 10. cum liqueat, Titinium patrimonio Fanniae inhiantem, impudicae coniugium expetiisse, neque erubuisse, commodum dotis pudicitiae domus suae praeponere, videri mulierem impudicitiae sestertio nummo, Titinium turpis quaestus et auaritiae nomine totius dotis restitutione damnari atque iudicari oportere.* Marium postea hostem a republica iudicatum, ope, quacunque potuit, adiuuit Fannia, *memor quod impudica iudicata esset, suis moribus, quod vero dotem seruasset, illius religioni acceptum fieri debere,* vt iudicat VALERIVS *cit. l.*

Non tamen dote integra.

§. VII. Non adeo autem liquet, vtrum post diuortium ex capite impudicitiae integram dotem retinere potuerit maritus zelotypia ductus. Iudicium C. Marii innuere videtur, magis *parte* dotis, quam *integra* mulierem mulctatam fuisse, quia Titinium *summa* TOTIVS *dotis* (cuius partem ob mores retinere intendebat) *damnasse* dicitur, quod ius etiam post has leges Iulias seruatum fuit, vt mox dicendum erit. Nam quae dotis retentiones post has leges memorantur, iam tempore *Ciceronis* notae fuere, vt his legibus Iuliis non nouum ius constitutum, sed antiquum repetitum videatur. Ex quinque enim caussis *retentiones dotis* pro parte memorantur ab VLPIANO *tit. 6. instit. §. 9. seqq.*, inter quas

quas etiam occurrunt hæ: *propter liberos scilicet* et *morum nomine.* De posteriori causa iam paulo ante dictum fuit. Prioris causæ meminit CICERO *in top. c. 4. Si viri culpa factum est diuortium, etsi mulier nuncium remisit, tamen pro liberis nihil manere oportet*, seu propter liberos aliquid ex dote deducere, quod alioquin post vxoris diuortium fieri poterat. Pergit CICERO, et hunc adfert casum: *Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum connubium non esset* (veluti cum peregrino) *nuncium remisit, quoniam qui nati sunt, patrem non sequuntur* (quem demum sequuntur ex iustis nati nuptiis) *pro liberis manere nihil oportet*, si vel maxime culpa vxoris, sed citra commissum adulterium, diuortium factum. *Qui enim partem ex dote deducat maritus propter liberos, qui in potestate liberos non habet?* vt in notis recte subiungit DIONYSIVS GOTHOFREDVS *lit. f.* Vnde admodum probabile est, easdem retentiones *pro parte* iam ante leges Iulias obtinuisse, quæ postea etiam in iure nostro memorantur.

§. VIII. Veniamus iam ad *pœnam discidii* post leges Iulias *de maritandis ordinibus.* Quæ earum sententia probabiliter fuerit, iam supra *§. IV. in f.* indicatum est. Videlicet, soluto per diuortium matrimonio, multum referebat ad dotis repetitionem, bonane gratia, an alterius culpa matrimonium dissolutum esset? quæ quæstio olim in *rei vxoriæ actione* locum habebat, vt etiam obseruat QVINTILIANVS *lib. VII. instit. c. 4.*, quippe in qua quærebatur: *vtrius culpa diuortium factum esset?* Si *bona gratia* dissolutum matrimonium, vnusquisque suum ius seruabat imminutum, et sic dos integra restituenda; *l. 6. in f. de diuort.*, deficiente enim *culpa*, *pœna discidii* locum habere non poterat. Sin

Cessabat pœna discidii, si bona gratia diuortium factum.

aliter diuortium factum, multum referebat, vtrum causam per culpam vel delictum dedisset adulterio vxor nec ne? Hoc casu integra dos reddenda erat. Ait IVLIVS PAVLVS *lib. II. instit. de dotib.* (quod fragmentum exhibet SCHVLTING *in iurisprud. anteiust. ex Boetio p. 536.* et BRISSON. *de solenn. populi Rom. verbis p. 445.*) *si diuortium est matrimonii, et hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetetur.* Illo casu multum referebat, vtrum facto simplici mulieris tantum, an ob eius mores diuortium fieret? item an culpa mariti duntaxat, an vero vterque in pari hæreret luto? Reuera ergo quatuor casus distinguebantur, qui etiam diuerso iure censebantur.

vel absque culpa vxoris.

Maritus vero partem de dote retinebat 1) propter liberos, vxore absque causa repudium mittente marito.

§. IX. Primus est, si *facto* vxoris simplici diuortium factum erat, h. e. si citra culpam mariti remiserit repudium vxor vel pater eius, et ita sine omni ratione. MARANVS *ad tit. solut. matrim. p. 408.* DOMINICVS AVLISIVS *ad cit. tit. p. 447.* Hoc casu, existentibus liberis, in horum fauorem retentio fiebat, quod VLPIANVS *tit. 6. instit. §. 10.* hoc modo explicat, *propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, diuortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote; non plures tamen quam tres sextæ in retentione sunt, non in petitione.* Si filia in potestate patris matrimonio contracto manebat, ipse dotem profectitiam repetebat, *l. 31. §. 1. solut. matrim. l. 71. D. de euict.*, adeoque si eius *culpa* (h. e. quod absque ratione repudium ab eo procuratum esset) diuortium factum, per modum *exceptionis* hoc eidem opponebat, et marito ius deducendi aliquid ex dote competebat *propter liberos*, seu eorum educandorum causa, quem finem potissimum intendisse Romanos indigitat IVSTINIA-

NVS

NVS in *l. vn. §. 5. C. de R. V. A.* Non tamen plures quam tres sextae retineri poterant, et ita ad minimum dimidia dos reuertebatur ad vxorem, vt iterum posset nubere commode, quae spe matrimonii alias destituta fuisset, si retentio integram dotem absorpsisset. Idem etiam repetit PAVLVS cit. l. *quod si culpa mulieris factum est diuortium, in singulos liberos sexta pars dotis a marito detinetur vsque ad mediam duntaxat partem dotis.* Hac de causa vsitatum erat, in pactis dotalibus hanc conditionem, quae ex lege per se intelligebatur, adiicere: *Si inter Lucium Titium maritum et Seiam diuortium sine culpa factum esset, dos omnis Seiae vxori vel Gaio Seio auo materno redderetur, restitueretur que* per *l. 45. D. solut. matrim.* Quodsi ergo vxor marito absque causa repudium mittebat, palam erat, dotem non integram reddendam esse, sed retentionem ex legibus fieri posse propter liberos.

§. X. Sed etiam *morum nomine*, vbi maritus faciebat diuortium ex *culpa* vxoris, dissoluebatur matrimonium, adeoque paucis indagandum est, quomodo haec species a priori distincta fuerit. Nam inter *mores grauiores* etiam adulterii reatum fuisse, docet VLPIANVS *tit. 6. instit. §. 12.* vbi vero ex capite *adulterii* ab vxore commissi discidium factum, *culpa vxoris* diremtum matrimonium fuisse, clare euincit ICtus in *l. 11. §. 3. ad L. Iul. de adult.* vbi casus refertur de socero, qui nurum adulterii accusauerat, postea autem maluerat ab accusatione desistere, et lucrum ex dote magis petere, id quod an permittendum esset quaerebatur? Respondit ICtus: *turpissimo exemplo is, qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit, contentus lucrum ex dote retinere,* TANQVAM CVLPA MVLIERIS DIREM-

11) *Propter mores vxoris.*

REMTO MATRIMONIO, *quare non inique repelletur, qui commodum dotis vindictæ domus suæ præponere non erubuit.* Si itaque *culpa vxoris*, quæ adulterium commisit, diremtum dicitur matrimonium, ac ob adulterium *morum nomine* agi potest, et tamen etiam ob culpam vxoris *pro liberis* retentiones fiunt, diuersi casus videntur constituendi, præsertim cum *lucrum dotis*, quod maritus retinet, vtroque casu diuersum sit. Etenim VLPIANVS *cit. l.* diserte ita: *morum nomine grauiorum quidem* (quorsum *adulterium* pertinet) *sexta retinetur, leuiorum autem octaua.* Videlicet *morum* nomine agebatur, si maritus vxori repudium mittebat, sicuti *propter liberos* retentio concedebatur, vxore *sine causa* faciente diuortium. Illo itaque casu mali et pessimi mores vxoris priuatione certæ partis dotis soluto matrimonio coercebantur, quæ lucro mariti cedebat.

vbi itidem culpa vxoris diuortium fiebat.

§. XI. Mores itaque vxoris hoc casu simpliciter accusabantur, quod iudicium *actionem malæ tractationis* vocat QVINTILIANVS *declam.* 383. et *lib.* 7. *instit. c.* 4. Quæ culpa vero quiue mores sufficerent, iudicis arbitrio subiectum erat. *Adulterium* potissimum hic in censum veniebat, præterea vero alia vxorum facta indecora, inhonesta et illicita; imo in genere quæ legibus alias probrosa erant, vtut laudanda in se et expedienda. Intelligo religionem Christianam, quam gentiles primis Christianismi temporibus inter crimina referebant. Ait TERTVLLIANVS *c.* 2. *apol. in f. Christianus si nullius criminis nomen, est valde ineptum, si solius nominis crimen est.* Quodsi ergo mulier, eiuratis sacris gentilium, Christo nomen dederat, matrimonium *culpa vxoris* diremtum dicebatur, quod hæc iusta eiiciendi vxorem causa esset. Pergit TERTVLLIANVS *cit. l. c.* 3. *vxorem*

Ad quam inprimis adulterium spectabat,

et religio peregrina.

xorem iam, (post conuersionem) *pudicam moribus*, *iam non zelotypus*, (quia pudicitiam magnopere colebat) *eiecit*; quorsum etiam collineat IDEM *lib. I. ad nation. c. 4.* Hanc causam per indirectum reducere voluisse videtur IVLIANVS Apostata in *l. 2. C. Theod. de dotibus*, vbi constituit, vt *retentiones ex iure venientes* inposterum intemeratæ et inuiolatæ seruarentur, quæ inter Christianos per *l. 1. C. Theod. de repud.* a CONSTANTINO M. ad tollendum diuortiorum licentiam sublatæ videbantur. Non enim vana est coniectura GOTHOFREDI ad *cit. l. 2.* hoc eo consilio a IVLIANO reductum, quod eo maxime angeretur, quod audiret, vxores passim fidem Christi profiteri. *His itaque*, pergit GOTHOFREDVS, *hunc ob mores Christianos dotis amittendæ metum obiicere voluit, vt ita Christianam fidem eiurarent.*

§. XII. Vestigia huius iuris antiqui passim in iure nostro occurrunt, vtut non diserte *quota dotis* amittendæ exprimatur. In *l. 11. §. 3. ad L. Iul. de adult.* hæc pœna, quæ lucro mariti cedebat, *commodum* et *lucrum dotis* vocatur. In *l. 8. de capt. et postlim. reuers.* mulier *pœnis discidii* teneri dicitur, quæ nulla probabili causa interueniente a marito discessit, quæ potissimum in priuatione certæ partis dotis consistebant. Pertinet huc etiam species, quæ traditur in *l. 11. §. f. ad L. Iul. de adult. Ream adulterii vxorem duxi, eam damnatam mox repudiaui, quæro an causam diffidii (*vel *discidii) præstitisse videar?* Inde enim quæstio de retentione lucri dotalis dependebat. Respondit: *Cum per legem Iuliam huiusmodi vxorem retinere probibearis, non videri causam te discidii præstitisse palam est, quare ita ius tractabitur, quasi* CVLPA MVLIERIS *facto diuortio.* Quid autem hoc casu iuris fuerit, iam indicatum est. Euidentius autem iuris antiqui

Vestigia iuris antiqui in pandectis, vt in l. 11. §. 3. ad L. Iul. d. adult. l. 8. d. captiu.

l. 11. §. f. d. adult.

l. 38. solut. matrim. tiqui placita occurrunt in *l. 38. solut. matrim.*, vbi hæc species sistitur: *Lucius Titius, cum esset filiusfamilias, voluntate patris vxorem Meuiam duxit, et dotem pater accepit. Meuia Titio* (sine vlla iusta causa) *repudium misit: postea pater repudiati, absente filio, sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit.* (et ita matrimonium redintegrare studuit) *Meuia deinde repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit: quæro, si Mæuia aget cum Lucio Titio quondam marito, et a patre herede relicto de dote, et probetur* CVLPA MVLIERIS *matrimonium dissolutum, an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere?* non integram, id enim iura prisca non patiebantur, sed quotam dotis. Ratio dubitandi inde desumebatur, quod per sponsalia postea contracta culpa vxoris remissa videretur, ceu docet VLPIANVS in *l. 12. §. 9. ad L. Iul. de adult. aboleuit enim prioris matrimonii delicta, reducendo eam.* Deinde filius heres patris factus erat, et sic eius factum præstare cogebatur. Respondit vero MARCELLVS in priori specie: *Etiamsi vt heres institutus a patre Titius conueniretur, tamen, si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris mulctandam esse per priuationem partis dotis;* filio enim, vt marito, iniuria facta erat ab vxore per temerarium diuortium, quam pater remittere non poterat. Deinde non *integra dote* mulctatam mulierem, sed tantum parte eius sæpe monui, adeoque verba ICti, paululum ambigua, ita explicanda sunt. Nec in alium sensum accipio rescriptum DIOCLETIANI et MAXIMIANI in *l. 24. C. de iur. dot.* vbi casus de patronis formatur, qui marito libertæ suæ dotem dederant, nec, eam sibi reddi soluto matrimonio, stipulatione sibi prospexerant. Quid igitur si *culpa vxoris* diuortium factum, vtrum patroni eam repetere possunt? Aiunt Imperatores: *hanc* (dotem) *culpa vxoris dissoluto matrimo-*

l. 24. C. de iur. dot.

trimonio penes maritum remansisse, *constitit.* Indefinite quidem *de dote* loquuntur, inde tamen minime concludendum, de *integra* dote hoc intelligendum esse; neque enim in quæstione erat, vtrum integra, an pro parte dos esset amissa? sed an dotem, quam maritus retinuerat ex *pœna discidii*, patroni ab eo petere possent? quæ non integram sed tantum partem dotis marito adiudicabat.

§. XIII. Tria præterea hic obseruo non negligenda. *Primum* est, mulierem, cum *culpa* diuertisset, contra hanc discidii pœnam non restitutam fuisse in integrum; *est enim*, ait ICtus in *l. 9. §. 3. de minor. delictum non modicum*, dolo magis quam simplici culpa contractum, in quo minoribus non succurritur. *l. 37. §. 1. d. minor. Alterum* est, pœnam hanc *discidii* cessasse, marito vxorem adulteram ex L. Iulia accusante, vt euidentissime euincit *l. 11. §. 3. D. ad L. Iul. d. adult.* Quamuis enim alias, quoties ciuilis et criminalis actio concurrit, vna alteram non perimat, vt plenius traditur in *l. vn. C. Theodos. victum ciuil. agere et criminal. posse*, causa *de moribus* tamen expresse excipitur, vt, vbi de moribus actum fuit, amplius criminaliter agi haud posset, et vice versa, quod iudicium *de moribus* ad vindictam, propter iniuriam thori coniugalis, esset comparatum. *Tertium* est, si de adulterio criminaliter contra vxorem actum, eam etiam partem dotis amisisse, verum non in commodum *mariti*, quod pœna *ciuilis discidii* continebat, sed *fisci*. Hoc modo accipiendum PAVLVM *lib. II. sentent. tit. 26. §. 14.* arbitror, aientem: *Adulterii conuictas mulieres dimidia parte dotis, et tertia parte bonorum* (reliquorum) *cum relegatione in insulam placuit coerceri*, quæ verba non possunt non *publicationem* certæ partis dotis innuere; nam maritis adulteris

Cessabat restitutio contra hanc discidii pœnam,

pœna hac cessabat, si maritus criminaliter vxorem accusabat.

In criminali accusatione vxor partem dotis amittebat in commodum fisci.

teris itidem, teste PAVLO relegatio in insulam dictabatur cum publicatione dimidiae partis bonorum, ex quo etiam illud palam est, ex lege Iulia poenam adulterii capitalem non fuisse. Conf. Clariss. NOODT. *in Dioclet. et Maxim. c. 15. p. 75. sqq.*

III) Si culpa mariti diuertium factum.

§. XIV. Ad tertium casum transitum facio, si *culpa mariti* matrimonium diremtum erat. *Pro liberis* retentionem nullam vxori competiisse, si vel maxime marito repudium miserat, iam supra *§. VII.* ex CICERONE probatum dedi, quia vxor liberos hoc casu non educabat, quorum educatio onus mariti manebat. *Morum* autem nomine hoc modo maritus, teste VLPIANO *tit. 6. instit. §. 13.* coercebatur: *Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quae annua, bima, trima die reddi debet* (vt si pecunia in dotem data) *ita: propter maiores mores* (adulterium) *praesentem dotem reddit: propter minores senum mensium die. In ea autem quae praesens reddi solet,* (vt si in fundo consistat) *tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur, quod repraesentatio facit.* Verba posteriora satis obscura esse, et forsan corrupta SCHVLTINGIVS *ad cit. tx.* indicat, id tamen inde liquet, mores mariti in hoc rei vxoriae iudicio lenius fuisse mulctatos. Si coniecturis locus est, verba haec commode ita legi possunt: *quantum in illa dote quadriennii reditus, quod repraesentatur,* (seu mox ante lapsum quadriennii soluitur) *facit.*

IV) Si culpa vtrinque diuertium factum.

§. XV. Denique si vtrinque coniuges sese de *moribus* accusarent, vtriusque culpa probata, *poena discidii* penitus cessabat, vt testis est PAPINIANVS in *l. 39. sol. matrim. Viro atque vxore mores inuicem accusantibus, causam repudii dedisse vtrun-*

vtrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, vt ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur; paria enim delicta mutua pensatione dissoluuntur, et ita integra dos vxori reddenda est. Idem SCAEVOLA docet in *l. 47. D. eod.* aitque: *cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur, cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea comprobauit.* Omnia circa has leges confundit et turbat PETRVS BARBOSA *in comm. ad tit. soluto matrim.*, cuius commenta nec referam, nec breuitatis causa sub examen reuocabo. Id tantum paucis obseruabo, talem compensationem obtinuisse in *iudicio de moribus ciuili*, non item in *accusatione criminali* de adulterio. Si enim publico iudicio maritus vxorem ream faciebat, lenocinii allegatio maritum ab accusatione non repellebat, sed hoc ipsum onerabat, non vxorem excusabat. *l. 1. §. 5. ad L. Iul. de adult.* Si vterque in pari reatu versabatur, vterque damnabatur, non vero compensatio mutui criminis fiebat, *l. 13. §. 5. eod.*, quod plenius illustrat BRISSONIVS in *comm. ad L. Iul. d. adult. c. 19.*

Constantinus restrinxit repudiorum libertatem.

§. XVI. Hoc iure vsi sunt Romani vsque ad tempora CONSTANTINI M., qui sacris Christianorum imbutus leuitatem repudiorum amputare et ita iudicium *de moribus*, quod etiam ob *mediocres culpas* locum habebat, restringere studuit. Etenim iuxta *l. 1. C. de repud.* tantum ob tres causas vxor marito poterat repudium mittere, si *homicidam*, vel *medicamentarium* h. e. veneficum, vel *sepulcrorum dissolutorem maritum suum probauerit*, quo casu omnem suam dotem recipiebat. Similiter et maritus tantum ob has tres causas diuortium facere poterat, si *moecham*, vel *medicamentariam*, vel *conciliatricem* h. e. interprete SALMASIO

de fœnor. trapezit. p. 312. lænam repudiabat. De dotis privatione nihil additur, nisi quod per consequentiam forsan inde trahi potest. Quodsi enim maritus ex causis aliis vxorem reiiciebat, maritus *omnem dotem* ei restituere nec aliam ducere debebat. Ergo a contrario sensu, qui ex causis probatis eam eiiciebat, non *omnem* dotem ei restituebat, sed partem retinebat, illam scilicet, quæ antiquitus probata erat. Nec contrarium euincit *l. 7. C. de repud.*, quæ eiusdem CONSTANTINI, et sex annos post priorem lata, vbi *dotis amissio* cum *capitali pœna* coniungitur, adeoque sub illa *publicatio* eius intelligitur, non *pœna* ciuilis *discidii*. Neque adeo in contraria videtur iuisse SALMASIVS *cit. loc. in f.* (quod quidem GOTHOFREDVS *ad cit. l. 1.* existimauit) qui satis recte asserit, ob hæc tria crimina sola maritum dotem lucratum fuisse, non autem præcise determinat, vtrum *integra* an *parte* eius mulctata fuerit, quam quæstionem non fecit suam SALMASIVS.

retenta pœna discidii.

§. XVII. Sed IVLIANVS Apostata ius antiquum anno 363. reduxit, et retentiones ex iure antiquo venientes intemeratas seruari voluit in *l. 2. C. Theod. de dotibus*, cuius rationem in *§. XI.* attuli. Hoc extincto, vix vsus huius legis in odium Christianorum latæ adfuisse videtur, vt non excusandus sit compilator codicis Theodosiani, quod hanc legem adhuc ei inseruerit. Etenim HONORIVS anno 421. paulo liberalior, atque ad ius antiquum reducendum procliuior fuit in *l. 2. C. Theod. d. repud.* Nam 1) retentionem dotis *propter liberos* ex iure veteri reduxit: 2) iniusti repudii duas causas constituit, si *solo consensu*, si *tantum ob morum vitia* fit diuortium seu *mediocres culpas*. In priori specie vxor sine causa a marito innocente discedens *dote integra*

Iulianus ius antiquum reduxit.

Nec non Honorius,

cum antiqui immutatione,

gra priuatur, deportaturque omni ſpe noui connubii deſtituta; maritus itidem dotem perdit, atque donationem propter nuptias, quæ lucro *innocentis vxoris*, domo mariti expulſæ, cedit. In *poſteriori* ſpecie, ſi ob *mediocres culpas*, ſeu *morum vitia* repudium fiebat, mulier repudians amittit *integram dotem* et donationem propter nuptias, coniugii ſecundi expers; maritus vero repudians dotem reſtituit, donatione recepta. Denique iuſti repudii cauſa erat *graue crimen*, non tantum *adulterii*, ſed aliud quodcunque publicum, quod lege publica vindicatur. In hoc repudio vxor a criminoſo diſcedens recipit dotem et lucratur donationem propter nuptias; maritus vero ob labem vxoris, recepta donatione, *dotem* eius *integram* lucratur. Breuiter: vxor amittebat *integram dotem*, ſi α) ſine vlla cauſa; β) tantum ob morum vitia repudium faciebat; γ) ſi grauiori crimine cauſam repudio dabat. Quomodo vero, his poſitis circumſtantiis, retentio *propter liberos* locum adhuc habere poterat, quæ dotem tantum dimidiam abſorbebat, ſi culpa vxoris diuortium factum; cum tamen *lege Honoriana* culpa vxoris diuortium fiat, ſi *ſine culpa* repudium faciat, et ſi *ob morum mariti* vitia, mariti quidem culpa eſt, ſed repudium iniuſtum, vel ſi ob mores vxoris, eius quidem culpa ſit, ſed itidem repudium iniuſtum. Ab hoc dubio vt *diſpoſitionem Honorianam* liberem (quod GOTHOFREDVS non tetigit) dicendum eſt, in primo caſu ſi vxor *ſine vlla cauſa*, ſolo diſſenſu, diuertit, dotem maritus quidem lucratur, ſaluis tamen retentionibus *propter liberos*, vt, ſi maritus tres vel plures cum vxore ſuſcepit liberos, dimidiam retinere poſſit, liberis poſt mortem ſuam relinquendam, vt *l. 8. C. de repud.* clarius explicat. In altera ſpecie, ſi *ob mores mariti* diuertit, hæc *retentio* locum itidem habere poteſt, quam-

et priuatione integra dotis.

de fœnor. trapezit. p. 312. lænam repudiabat. De dotis privatione nihil additur, nisi quod per consequentiam forsan inde trahi potest. Quodsi enim maritus ex causis aliis vxorem reiiciebat, maritus *omnem dotem* ei restituere nec aliam ducere debebat. Ergo a contrario sensu, qui ex causis probatis eam eiiciebat, non *omnem* dotem ei restituebat, sed partem retinebat, illam scilicet, quæ antiquitus probata erat. Nec contrarium euincit *l. 7. C. de repud.*, quæ eiusdem CONSTANTINI, et sex annos post priorem lata, vbi *dotis amissio* cum *capitali pœna* coniungitur, adeoque sub illa *publicatio* eius intelligitur, non *pœna* ciuilis *discidii*. Neque adeo in contraria videtur iuisse SALMASIVS *cit. loc. in f.* (quod quidem GOTHOFREDVS *ad cit. l. 1.* existimauit) qui satis recte asserit, ob hæc tria crimina sola maritum dotem lucratum fuisse, non autem præcise determinat, vtrum *integra* an *parte* eius mulctata fuerit, quam quæstionem non fecit suam SALMASIVS.

retenta pœna discidii.

§. XVII. Sed IVLIANVS Apostata ius antiquum anno 363. reduxit, et retentiones ex iure antiquo venientes intemeratas seruari voluit in *l. 2. C. Theod. de dotibus*, cuius rationem in *§. XI.* attuli. Hoc extincto, vix vsus huius legis in odium Christianorum latæ adfuisse videtur, vt non excusandus sit compilator codicis Theodosiani, quod hanc legem adhuc ei inseruerit. Etenim HONORIVS anno 421. paulo liberalior, atque ad ius antiquum reducendum procliuior fuit in *l. 2. C. Theod. d. repud.* Nam 1) retentionem dotis *propter liberos* ex iure veteri reduxit: 2) iniusti repudii duas causas constituit, si *solo consensu*, si *tantum ob morum vitia* fit diuortium seu *mediocres culpas*. In priori specie vxor sine causa a marito innocente discedens *dote integra*

Iulianus ius antiquum reduxit.

Nec non Honorius,

cum antiqua immutatione,

gra priuatur, deportaturque omni ſpe noui connubii deſtituta; maritus itidem dotem perdit, atque donationem propter nuptias, quæ lucro *innocentis vxoris*, domo mariti expulſæ, cedit. In *poſteriori* ſpecie, ſi ob *mediocres culpas*, ſeu *morum vitia* repudium fiebat, mulier repudians amittit *integram dotem* et donationem propter nuptias, coniugii ſecundi expers; maritus vero repudians dotem reſtituit, donatione recepta. Denique iuſti repudii cauſa erat *graue crimen*, non tantum *adulterii*, ſed aliud quodcunque publicum, quod lege publica vindicatur. In hoc repudio vxor a criminoſo diſcedens recipit dotem et lucratur donationem propter nuptias; maritus vero ob labem vxoris, recepta donatione, *dotem* eius *integram* lucratur. Breuiter: vxor amittebat *integram dotem*, ſi α) ſine vlla cauſa; β) tantum ob morum vitia repudium faciebat; γ) ſi grauiori crimine cauſam repudio dabat. Quomodo vero, his poſitis circumſtantiis, retentio *propter liberos* locum adhuc habere poterat, quæ dotem tantum dimidiam abſorbebat, ſi culpa vxoris diuortium factum; cum tamen *lege Honoriana* culpa vxoris diuortium fiat, ſi *ſine culpa* repudium faciat, et ſi *ob morum mariti* vitia, mariti quidem culpa eſt, ſed repudium iniuſtum, vel ſi ob mores vxoris, eius quidem culpa ſit, ſed itidem repudium iniuſtum. Ab hoc dubio vt *diſpoſitionem Honorianam* liberem (quod GOTHOFREDVS non tetigit) dicendum eſt, in primo caſu ſi vxor *ſine vlla cauſa*, ſolo diſſenſu, diuertit, dotem maritus quidem lucratur, ſaluis tamen retentionibus *propter liberos*, vt, ſi maritus tres vel plures cum vxore ſuſcepit liberos, dimidiam retinere poſſit, liberis poſt mortem ſuam relinquendam, vt *l. 8. C. de repud.* clarius explicat. In altera ſpecie, ſi *ob mores mariti* diuertit, hæc *retentio* locum itidem habere poteſt, quam-

et priuatione integra dotis.

vis enim vterque in culpa ſit, illa quod inique diuertat; hic vero quod ob mores peſſimos cauſam diuortio dederit, vxor tamen dotem itidem perdit, quia hic magis reſpicitur ad *iniquitatem diuortii*, et cauſa legibus reprobata pro *culpa* haberi nequit, adeoque etiam hoc caſu liberis poſt mortem patris cedere debet, quod iure veteri propter eos ex dote detrahebatur; reliqua ad mariti diſpoſitionem pertinent.

Theodoſius rurſus innouauit quadam, priuatione integra dotis retenta,

§. XVIII. Theodoſius Iunior anno 449. rurſus quædam innouauit, dum certas tantum repudii cauſas conſtituit tam ratione mariti quam vxoris, in *l. 8. C. de repud.* Quodſi præter has cauſas repudium viro miſerit vxor, diſſoluebatur quidem matrimonium, ſed dotem ſuam cum donatione propter nuptias amittebat: ſi ex cauſis probatis, dotem recuperabat, et donationem propter nuptias lucrabatur. Marito vero præter cauſas probatas diuertente, vxor dotem recuperabat et donationem propter nuptias vindicabat; ex probatis cauſis vero repudians, dotem retinebat et donationem propter nuptias recipiebat. Liberis denique exiſtentibus, ſi temere repudium miſſum erat, *omne*, *quicquid ex nuptiis lucratum erat*, poſt mortem accipientis liberis ſeruandum erat, quod in locum retentionis antiquæ *propter liberos* conſtitutum, et *Honoriana lex* hoc ipſo quodammodo correcta videtur. Anno 497. reduxit ANASTASIVS diuortium bona gratia, ſeu communi conſenſu reductum, quo caſu ſine dubio dos ſalua mulieri erat.

vt et Anaſtaſius.

Noua reformatio Iuſtiniani acceſſit,

§. XIX. Tandem ad IVSTINIANI æuum progredior, qui multa innouauit, legesque de hac re modo fixit, modo refixit. Nam 1) anno 528. repudium ex cauſa *ſterilitatis* quidem conceſſit in *l. 10. C. de repud.*, ſed ſine periculo dotis amit-

amittendæ, vt tamen marito donatio propter nuptias reddatur. 2) Eodem anno in *l. 11. C. de repud.* iudicium *de moribus* sustulit. 3) Præterea constituit, vt, si matrimonium indotatum fuit (quod lege hac *legitimum* esse censuit) et maritus eam *sine iusta causa* eiecit, vel ipse talem culpam commisit, ob quam vxor matrimonium iuste dissoluit, *quartam partem substantiæ propriæ*, non tamen vltra centum libras, mulieri persolueret, id quod etiam in *vxore*, inique diuertente, vel iuste expulsa, obseruandum, vt tamen liberis existentibus hoc lucrum seruetur; si dotatæ sunt, dos his casibus perit, vel donatio propter nuptias. 4) Anno 530. in *l. vn. C. de R. V. A.* speciatim denuo sustulit retentiones antiquas *ob mores* et *ob liberos*, ac in casu repudii *§. 16. cit. l.* obseruanda esse iussit, quæ tum in legibus THEODOSII et ANASTASII, *§. antec.* relatis, sancita erant, tum quæ sua constitutione edixerat, et ita diuortium *bona gratia* adhuc permisit. Idem anno 541. in *nou. 117. c. 8.* hanc eandem materiam reassumsit, et de nouo causas iustas diuortii determinauit, ex quibus, si maritus diuortium facit, *dotem vxoris lucratur*, et quidem, exstantibus liberis, tantum quoad vsumfructum, seruato in ea dominio liberis ex eodem matrimonio natis; his vero deficientibus, etiam quoad plenam proprietatem. *cit. nou. c. 8. pr. in f.* Similiter in *c. 9. cit. nou.* determinat causas, ex quibus vxor iuste, et eodem iure, quo maritus dotem, lucratur donationem propter nuptias, et *tertiam partem æstimationis, quam antenuptialis donatio facit seu constituit.* Denique *c. 12.* addit tres casus, quibus matrimonium dissoluitur sine vlla *discidii* pœna, h. e. 1) si causa sterilitatis vel impotentiæ probata fuerit; 2) si ambo sanctimonialem vitam elegerint; 3) si maritus est captiuus et vltra quinquennium absuerit. *nou. 22. c. 7.* Præterea quoque *c. 13. cit.*

sublato iudicio de moribus,

quarta bonorum priuationem concessit in casu matrimonii indotati,

noua constitutio in Nou. 117. c. 8.

cit. nou. 117. pœna diſcidii iis imponitur, qui iniuſte repudium fecerint, ita vt vxor dotem amittat, aliisque pœnis ibidem definitis adficiatur, maritus vero dotem reddat et donationem propter nuptias cum tertia parte propriæ ſubſtantiæ, ſecundum æſtimationem donationis propter nuptias. Denique in caſu *adulterii* plane correxit ius antiquum, voluitque *cit. c. 8. §. 2.* vt, ſi vel maxime vxor criminaliter a marito accuſata fuerit, tamen repudio miſſo, vxor priuanda ſit dote, et tertia parte intuitu eius æſtimanda ratione dotis, quæ pœna olim ceſſabat, marito vxorem criminaliter accuſante. Eodem anno IDEM aliam edidit conſtitutionem contra vxores adulteras in *nou. 134. c. 10.*, in qua adultero pœna gladii dictatur, et vxori eius, ſi quam habet, donatio propter nuptias, vel ſi indotatum fuit matrimonium, quarta pars bonorum aſſignatur: adultera autem in monaſterium detrudi iubetur, ibique manere per biennium: hoc elapſo ſi maritus eam non repetit, vel intra illud tempus mortuus fuerit, marito vel eius hæredibus ex dote nihil cedit, ſed exiſtentibus deſcendentibus et aſcendentibus, diuiditur eius patrimonium inter hos et monaſterium ſecundum portionem ibidem determinatam: his non exiſtentibus, omnis adulteræ ſubſtantia monaſterio cedit. Idem obſeruauit HARMENOPVLVS in *promt. iur. lib. VI. tit. 2. §. 15.* aiens: *magiſter autem dicebat, vxoris adulteræ virum nequaquam dotem lucrari.* Prætereo reliqua, quæ deſumta ſunt ex *nou. cit. 134.* additque: *atque hæc omnia tum fieri, cum detruſam in monaſterium mulierem, iam exacto biennio, noluiſſet vir reducere*, quibus verbis demonſtrat, marito hoc lucrum dotis quodammodo in pœnam auferri, quod vxorem poſt tempus pœnitentiæ in domum ſuam recipere nolit. Idem vero deinceps correxit LEO Imperator in *nou. 32.* et marito innocenti

et nou. 134. c. 10.

in qua priuatio dotis ſublata,

Leo rurſus hoc correxit.

centi dotem assignauit, ita vt vxori adulteræ nasus abscindatur, et in monasterium detrudatur, quam sententiam etiam repetiit HARMENOPVLVS *cit. l. 14.*

Iustiniani inconstantia notatur.

§. XX. Ita vero Iustinianus omnia reformando turbavit, vt nec sibi constitisse, sed Protheum egisse credendum sit, vt non inepte iudicat WESENBECIVS *ad tit. ad L. de adult. n. 19.* Torsit hæc variatio ingenia interpretum et dissidentes eorum peperit sententias, quas examinat BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 4. sqq.* Ipse tandem n. 13. hanc mediam elegit sententiam, censuitque, vtramque nouellam inter se optime conuenire, atque huc redire, vt maritus indistincte, siue criminaliter, siue ciuiliter contra vxorem agat, siue vxor in monasterium detrudatur, ibique maneat, siue non, dotem lucretur, præter illam vero nihil amplius ex reliquis bonis eius percipiat; etenim in *nou. 134. c. 10.* nihil immutatum esse, nisi quod vltra dotem, de *tertia parte*, statutum; dotis vero plane non fieri mentionem, quippe quæ a reliqua vxoris substantia magnopere separari debeat. Enimuero hanc interpretationem admodum dubiam et diuinatoriam esse, iam antea obseruaui. Hoc expeditum est, in *cit. nou.* de priuatione dotis prorsus non fieri mentionem, et quamvis sæpe *dos* reliquæ vxoris substantiæ opponatur, non tamen liquet, substantiæ vxoris omnis mentione facta excludi dotem, præsertim cum in cit. *nou. 134. c. 10.* hæc clausula subiecta fuerit, vt *per omnes causas viro pacta dotalibus illata instrumentis seruentur.* Hæc indicat, tunc demum privationi dotis vel alterius substantiæ locum esse debere, si in instrumentis dotalibus de ea aliquid fuerit actum, id quod apud Romanos non adeo inusitatum erat. Tali conuentione deficiente, priuationi dotis vel ideo locus non erat, quod proba-

probato adulterio non statim diuortium secutum, sed vxor monasterio inclusa, marito tamen integrum fuerit, elapso biennio recipere vxorem, ita vt nullatenus *propter ea, quae medio tempore facta sunt*, nuptiae seu matrimonium laedatur, eique fiat praeiudicium, adeoque interim etiam priuationi dotis locus relinqui haud potuerit. Si vero, biennio elapso, eam recipere nolit, vel intra biennium maritus decedat, tunc tota substantia vxoris vel monasterio cedit, vel inter illum et descendentes atque ascendentes diuiditur. Ex his duo obseruo, quorum primum est, idem vtroque casu statutum esse, si vel maritus biennio elapso vxorem recipere recusat, vel intra illud decedit. Iam vero, decedente intra biennium marito, heredes ad dotis priuationem agere non poterant, quod et iuri veteri aduersatur, et iure nouo haud diuersum statutum reperitur. Quodsi ergo hoc casu tota substantia inter monasterium liberosque vel ascendentes diuiditur, vel his non existentibus in vniuersum monasterio cedit, nihilque mariti heredibus ex dote vxoris datum est, diuortio nondum facto, sed adhuc suspenso post lapsum biennii; idem quoque obtinere debuit in altero casu, vbi maritus eam accipere post biennium recusabat. Alterum est, hoc quodammodo in odium mariti constitutum fuisse, quod, dum post biennium vxorem ex monasterio repetere nolit, nihil ex dote vxoris lucrari debeat, nisi forsan aliud in pactis dotalibus actum fuerit. Conclamatum enim est, Iustinianum ex nimia in sexum sequiorem procliuitate multum ex rigore iuris antiqui, imo proprii etiam, sensim remisisse, Theodorae mulieris imperiosissimae, dominatu forsan ad hanc animi leuitatem adactus, cum alioquin capitalem vxor poenam subire debuisset. Hisce ita positis, etiam nonnulli ex antiquis interpretibus in eam iuere sententiam, per hanc

noua Iustiniani dispositio, iuri antecedenti contraria.

nou.

nou. 134. c. 10. pœnam discidii antiquam sublatam fuisse, et si hac lege vnice incedendum esset, hodie priuationem omnem dotis cessare debere.

§. XXI. Ex hac iuris ciuilis traditione et varia praxi antiqua, duo omnino in ius canonicum traducta sunt, quæ hodie vtplurimum fundamenti instar haberi solent. Primum est, quod vxor adultera, licet a marito non sit separata, successione coniugali, quæ ex statuto ei obuenit, priuanda sit, quod minime ex iure nouo, quod *nou. 134. c. 10.* tradit, assumtum est. vid. *c. 2. X. de donat. int. vir. et vxor.* ibique *Gonzalez. n. 1.* In Gallia successio coniugum, quam communio bonorum peperit, æque obtinuit olim vti in Germania. Inde talis consuetudo pontifici proposita fuit in *c. 10. X. de consuetud.* quod si vir ducat vxorem, quæ fide coniugii violata commisit adulterium manifeste, nihilominus medietatem omnium bonorum, quæ fuerit vir adeptus, impudenter exigere soleat, et improbe adprehendere, quæ potius priuanda esset omnibus viri bonis, quam consuetudinem pontifex, tanquam iuri contrariam, reprobat. Sine dubio ad ius ciuile respexit, quo adultera omni lucro dotali priuanda est. Enimuero vix idoneo argumento ostendi potest, hanc priuationem in iure ciuili fundatam esse. Aut enim ob adulterium maritus dimisit vxorem, aut retinuit. Priori casu vterque successione priuatur, quia tempore mortis non amplius sunt coniuges, adeoque de hoc casu intelligi nequit pontifex: Posteriori aut maritus sciuit adulterium aut ignorauit. Si sciuit, et tamen adulteram in thoro coniugali retinuit, videtur ei iniuriam illatam remisisse; si ignorauit, iterum mors est loco remissionis, vnde nec actio *de moribus* dabatur olim hæredibus nec in hæredes, quia vin-

Iuris canonici doctrina.

1) quod vxor adultera successione ex statuto priuanda sit.

dictam ſpirabat. STRYK. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. XII. c. 4. §. 2. 6. et 9.* Ergo hæc conſuetudo non tam iuri repugnans fuit, quam contraria noui iuris fundamenta iecit, quia inde collegerunt, coniugem adulteram ſucceſſione priuandam eſſe. Alterum eſt, quod licet iure canonico totale diuortium ne quidem ob adulterium locum habeat, ſed tantum ſeparatio quoad thorum et menſam decernatur, *poenam diſcidii* tamen adulteræ patiantur, et dotem cum dotalitio ſuo amittant, vt COELESTINVS III. edixit in *c. 4. X. de donat. int. vir. et vxor.* ſi vel diuortium factum, vel fornicationis cauſa vxor a marito diſceſſit, nec cum ipſo poſtea reconciliata eſt. Etenim aut mulier repetit dotem viuente aut mortuo marito: priori caſu exceptione *adulterii* repellitur, quod pœnam priuationis operatur; poſteriori vero, vbi adultera a marito diſceſſit, nec iudicio eccleſiæ matrimonium diſſolutum, et ita contra conſanguineos mariti agit, maior ratio dubitandi erat, quia ſuper *priuatione dotis*, viuente marito, haud iudicatum fuerat, ſed vxor ſiluerat. Licet enim pœna priuationis in heredes non tranſeat, nec quod defuncto licuit, heredibus quoque concedendum fuerit; Pontifex tamen, hac ratione non obſtante, dotis et dotalitii petitionem hoc quoque caſu exulare debere credidit; neque enim heredes tam ad priuationem dotis agunt, ſed maritus, qui dotem retinuit, iam ſuo iure vſus eſt, et *pœnam diſcidii*, quæ adulterio impoſita eſt, exercuit, quam exceptionem heredes eius vxori recte opponere poſſunt. Præter dotem vero etiam amittit *dotalitium* ſecundum *cit. c. 4.*, quæ appellatio non denotat *paraphernalia*, nec *donationem propter nuptias*, ſed illud lucrum, quod pactis dotalibus ex moribus Galliæ et Germaniæ viduæ in ſolatium viduitatis, vt digne ſe exhibere queat, conſtitui ſolet, quo itidem merito

2) quod ob adulterium dotis priuatio locum habeat nullo licet ſecuto diuortio,

et heredes exceptionem adulterii mulieri, dotem repetenti, opponere queant.

imo et dotalitio vxor priuetur.

to priuanda est, quamuis per abusum saepe *donatio propter nuptias* vocari soleat. *c. 15. X. de for. comp.*

CAP. II.

DE PRIVATIONE HODIERNA DOTIS ET STATVTARIAE PORTIONIS EX CAPITE ADVLTERII.

ARGVMENTVM.

I. Ordo dicendorum. II. Poena priuationis hodienum obtinet. Eius ratio iure Rom. in culposo diuortio, iure Can. in adulterio collocatur. III. Inde iure Rom. heredibus mariti nec actio nec exceptio datur. IV. Sed datur iure Can. V. Et agere possunt de dote non soluta, VI. siue legitimi sint heredes siue extranei. VII. Et maritus inde mortua vxore iure Can. habet actionem et exceptionem. VIII. Priuatio dotis non obtinet ob stuprum viduae intra annum luctus. Num ob stuprum sponsae? IX. Donatio propter nuptias committitur ob adulterium mariti. X. Adulterium vel verum est vel praesumtum. XI. Praesumti violenta sint indicia. XII. Et in praesumto locus est priuationi dotis, et in eo, cuius mulier ob contumaciam conuicta decernitur. XIII. Poena priuationis quid comprehendat? XIV. Obtinet a tempore commissi adulterii. XV. Quibus modis cesset? XVI. Iuris Rom. et Germ. diuersa principia circa bona coniugum. XVII. Communionis bonorum inter

 con-

coniuges reliquiæ, XVIII. præsertim in iure Hamburgensi. XIX. Ab ea coniuges recedunt per pacta dotalia. XX. Coniux adultera successione statutaria priuatur. XXI. Eadem poena mariti. XXII. Ponit adulterium viuo coniuge admissum, XXIII. et coniuges inuicem haud reconciliatos. XXIV. Sufficit adulterium præsumtum. XXV. Huius poenæ effectus. XXVI. Pactis dotalibus initis, ius commune sequendum est.

§. I.

Imprudentia compilatorum notatur,

Fata huius doctrinæ varia apud Romanos explicui capite præcedente, quæ licet diuersas et sibi contradicentes leges produxerit, collectores iuris Romani tamen eam sine discrimine compilarunt, quam frustra in concordiam reduxeris, nisi, prout factum est, iuxta temporum interualla recenseatur; tunc enim demum accurate constat, quænam leges ius antiquum, quæ vero ius nouum idque *derogatorium* respiciant. Ita vero illud historiæ instar censeri debet, hoc vero ad *decisiones* causarum referendum, quatenus 1) receptum est, et 2) moribus Germaniæ applicari potest. Duo hic desidero quorum *primum* concernit *iuris Romani receptionem*, neque enim ius Romanum quoad sua principia vbique recipi potuisse palam est, quod etiam in hac doctrina factum est. Equidem MÖLLER *in semestr. lib. III. c. 13. n. 1.* docet, legem Iuliam de adulteriis in multis locis in desuetudinem abiisse, eiusque causam cum MOLIN. *ad Alex. cons. 13. lib. 7.* quærit in *indicto sacerdotibus cœlibatu, turbæque illarum multiplicatione*, vt loquitur, adeoque sacerdotes adulteriorum promotores in causa esse credit, ne hæc lex potuerit recipi; sed sicuti de *pœna criminali* id potissimum intelligit, quæ magnopere etiam per Germaniam variat,

in qua secundum seriem temporum omnia disponenda,

et receptio iuris Rom. consideranda

variat, ita ad priuationem dotis ceterorumque lucrorum id applicari nequit, præsertim cum ius canonicum eam approbauerit. Id tamen in confesso est, etiam *ius canonicum* quædam innouasse, vt §. *vlt. cap. præced.* obseruaui, vnde factum est, vt, quia ius canonicum in praxi principatum obtinuit, in hac doctrina non leues fluctus excitati fuerint, quippe quod diuersis a iure Romano principiis niti videtur. *Alterum* concernit mores Germaniæ peculiares, passim adhuc in viridi obseruantia vigentes, et cum Romanorum placitis pugnantes, qui efficiunt, vt in applicatione doctrinæ iuris Romani magna præcautione opus sit. Vnde, vt inoffenso pede progrediar, ad dua capita dicenda sunt reducenda, vt examinem, quid hodie iuris circa hanc materiam in iis locis, in quibus *iure commune* viuitur, et quid obtineat in iis terris, quæ *iure antiquo Germanico*, quod matrimoniis antiquitus datum est, reguntur.

nec non canonici,

et iuris Germanici.

Ordo dicendorum.

§. II. Ad primum membrum quod attinet, in eo conveniunt interpretes, pœnam *priuationis*, inprimis adulterio probato, hodie adhuc obtinere, præsertim cum tam in iure *ciuili* (si *nou. 134. c. 10.* seposueris) quam *canonico* fundata sit. LYNCKER. *cent. 4. decis. 328.* BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 1. 2.* FONTANELLA *de pactis nupt. tom. III. claus. 7. gl. 3. Part. 12. n. 2.* CARPZ. *in iurispr. consist. P. 2. def. 199. n. 1. et prax. crim. P. 2. qu. 64. n. 1. sqq.* CHRISTINAEVS *in comm. ad LL. Mechlin. tit. 2. art. 13. n. 6. sqq.* cum multis ibi relatis autoribus, ANDREOLI *P. 5. controu. for. 336. n. 1.* MENOCH. *de arbitr. iudic. quæst. lib. 2. cent. 5. p. 571. n. 28. sqq.* COLER. *decis. 176. n. 40.* RVLANDVS *de commiss. P. 4. c. 13. p. 181. n. 55.* Verum mox animaduerti, interpretes in fundamento priuationis inter se non conuenire, vtrum scilicet

Pœna priuationis dotis hodie obtinet,

sed de fundamento eius dissentiunt,

 licet

licet vera eius causa primario in *adulterio*, an vero in *diuortio* quaerenda? CVRTIVS Iunior *in rubr. C. de edend. n. 28.* ibique CAMILLVS PLAVTIVS *n. 4.* causam eius in *diuortio* constituit; MENOCHIVS vero de *arb. iud. quaest. lib. II. cent. 5. cas. 419. n. 62.* primario in *adulterio*, quo et *diuortium* et simul *priuatio dotis* causatur, collocat, vt *diuortium* non tam sit *causa efficiens* huius priuationis, sed magis *causa sine qua non*, quoniam si maritus vxorem adulteram retinet, iniuriam per adulterium sibi illatam remisisse videatur. Neque vero haec quaestio est inanis et otiosa, sed intuitu *heredum* mariti quaedam inde conclusiones deducuntur, quas infra examinabo. Quocirca, vt paucis mentem meam circa hanc *quaestionem praeiudicialem* declarem, distinguendum esse arbitror inter ius *ciuile* et *canonicum*. Quod illud concernit, euici in *capite antecedente*, priuationem dotis fuisse poenam *discidii culposi*, vti expresse vocatur in *l. 8. de captiu. et postlim. reu.* Cum enim apud Romanos frequentissima essent *diuortia*, quae ingentes in familiis turbas mouebant, illorum vsum nimium hac poena restringere allaborarunt, vt diuortio facto *de moribus* quaestio instituere-tur, inquirereturque, cuius culpa esset factum, adeo, vt, *culpa* vxoris probata, dotis priuatio sequeretur. Neque vero culpa in solo *adulterio* quaesita fuit, sed in quibuscunque aliis pessimis moribus vxoris, quibus marito causa ad diuortium data fuit, qui tandem sub Caesaribus ad certas causas restricti sunt. Id ergo primario in hac *priuatione* respiciebatur, quod tot turbas fluctusque in familiis excitabat, id quod *diuortium* seu *discidium* culpa vxoris causatum erat, vt *culpa* praecedens causa quidem remota, *discidium* vero proxima esset. Sed ius canonicum, quod *totale diuortium* haud admittit in casu adulterii, primario hanc poenam *adulterio* ipsi

utrum in diuortio, an adulterio ponenda, de iure ciuili in diuortio fundata erat poena, sed iure canonico fundatur in adulterio.

ipſi impoſuit. Id aperte liquet ex deciſione *c. 4. X. de donat. int. vir. et vxor.* vbi pontifex ita: *quod ſi aliqua mulier ob cauſam ſuæ fornicationis iudicio eccleſiæ aut propria voluntate a viro ſuo recedit, nec poſtea reconciliata eſt eidem, inde defuncto ipſo, dotem vel dotalitium ſuum repetere non poteſt.* Equidem ſi *ſeparatio* iudicio eccleſiæ facta, hæc inſtar *diuortii* eſt, vel ad minimum in locum eius ſubſtituta dicitur; interim tamen non eſt verum diuortium, cum marito ad alias nuptias tranſire non ſit integrum, viuente adultera, quod cum ea matrimonium durare dicatur ob ſacramentum, quod matrimonium indiſſolubile reddit, adeoque ſi hoc iure principalis cauſa in *diuortio* quærenda eſſet, priuationi dotis locus relinqui non poſſet. Deinde eadem priuatio quoque locum habet, ſi nequidem talis ſeparatio interuenit, ſed tantum mulier ex cauſa *adulterii* a marito diſceſſit; neque enim iure canonico hic priuatus diſceſſus *diuortium* conſtituit, id quod aliter, quam iudicio eccleſiæ, fieri et concipi nequit, ſicut olim diuortium ſine *ſolennitate ciuili* haud factum dicebatur. Imo nec hodie inter proteſtantes, qui *totale diuortium* admittunt, id aliter concipi poteſt, quam ſi per ſententiam conſiſtorii decretum fuit, adeoque ſi vxor a marito diſceſſit, conſcientia criminis commiſſi, quam diu maritus ad diuortium non egit, coniugium haud diremtum cenſetur, vt nec innocens ad alia vota conuolare queat. Et tamen etiam in hoc caſu pontifex admittit priuationem dotis, cuius vera et primaria cauſa quærenda in *adulterio*, licet diſceſſus vxoris, tanquam cauſa ſine qua non, concurrere debeat. Denique etiam hanc conditionem addit pontifex: *ſi poſtea non eſt reconciliata eidem*, quæ iniuriam per adulterium illatam reſpicit, vtpote quæ per reconciliationem remiſſa eſt, qua remiſſione ceſſante, manet fundamentum

mentum priuationis dotis, *adulterium* scilicet, et iniuria per illud marito illata.

An heredes ergo possunt adulterae opponere exceptionem adulterii?

§. III. Quae cum ita sint, de iure *heredum mariti*, quatenus exceptionem *adulterii commissi* vxori dotem repetenti opponere possint? concertatio non leuis inter iuris interpretes orta est, cui iterum pontifex ansam praebuit, quippe qui in casibus adductis heredibus mariti hanc exceptionem indulsit. Quoad ius ciuile *capite antec.* euictum est, heredes *de moribus* vxoris nec agere nec excipere potuisse, quod haec actio vindictam spiraret per *l. 15. §. 1. solut. matrim.* et *l. 1. C. Theod. de dotib.* et cum haec actio per Iustinianum sit sublata in *l. vn. C. d. R. V. A.* nequidem inde solidum argumentum in hac quaestione trahi potest. Multo minus ex iure nouo aliquod idoneum argumentum adferri potest, quod praesidio heredibus sit, si nullo diuortio facto maritus decessit. Etenim *nou. 117. c. 8. §. 2.* in casu adulterii diserte desiderat *diuortium;* imo *nou. 134. c. 10.* (qua *nou. 117. c. 8. §. 2.* denuo correcta est) ne quidem marito, adultera criminaliter punita, dotis lucrum indulget, si elapso biennio vxorem ex monasterio repetere recusat, vel priusquam recipiat mulierem, mortuus sit, quamuis hoc casu quaestio ne quidem de vxore dotem repetente moueri queat, quippe quae monasterio includitur, et patrimonium eius inter monasterium, et descendentes vel ascendentes diuiditur, vel, his deficientibus, omnia bona monasterio obueniunt. Enim vero ius canonicum retentionem dotis heredibus certo modo indulget, adeoque ex hac iurium diuersitate de hodierna praxi ingens inter Dd. deprehenditur discidium, quam quidam ex iure canonico, quidam autem ex solis iuris ciuilis principiis determinare videntur; quidam vero omnia miscent.

vid.

vid. BERLICH. *P. 4. concl. 30.* FARINAC. *in pr. crim. qu. 142. P. 2. tit. 16.* FONTANELLA *de pact. nupt. clauſ. 7. gl. 3. P. 12. n. 3. ſqq.* CARPZ. *pr. crim. qu. 65. n. 1. ſqq.* MEVIVS *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 414. ſq.* PETR. BARBOSA *ad tit. ſolut. matrim. l. 2. n. 119. ſqq.* CHRISTINAEVS *vol. 5. dec. 218. n. 23.* HEESER *de commun. bon. P. 2. loc. 16. n. 337. ſqq.* HARPRECHT *conſ. 27. n. 37. ſqq.* VALASCVS *lib. 2. conſult. 169. p. 147. ſqq.* Omnia, quæ ab his aliisque de hac materia traduntur, redire videntur ad tres quæſtiones: 1) An heredes mariti defuncti, nulla remiſſione facta, exceptionem adulterii viduæ dotem repetenti opponere? 2) an de dote non ſoluta agere? 3) an denique etiam extranei eo iure vti poſſint. Atque hæ tres quæſtiones reuera mouentur intuitu *c. 4. X. de donat. int. vir. et vxor.* et ita vnice de iuris canonici ſententia quæritur.

§. IV. Prima quæſtio euidenter deciſa eſt in *c. cit. 4.* quod heredibus exceptionem adulterii concedit, ſi adultera marito ſuo haud reconciliata fuerit. Neque refert, vtrum iudicio eccleſiæ ſeparata fuerit a marito nec ne? nam quæ conſcientia criminis a marito diſceſſit, dotem ab heredibus repetere nequit, nulla reconciliatione ſecuta. Proinde 1) palam eſt, ſi maritus, comperto adulterio, tacuit, nec conqueſtus eſt: ſi eidem poſtea cohabitauit: ſi aliter cum eadem in gratiam rediit, iura dotis vxori intacta manent cum ceteris lucris dotalibus, per *cit. c. 4.* BERL. *P. 4. concl. 29. n. 48. ſq.* nec heredes exceptionem *adulterii* repetenti dotem vxori opponere queunt. PAPONIVS in *corp. iur. Franc. lib. 22. tit. 9. p. 716. n. 8. et 718. n. 10.* PETRVS BARBOSA *ad l. 2. ſolut. matrim. pr. n. 120.* 2) Idem quoque arbitror, ſi remiſſio adulterii præſumitur et in dubio facta intelligitur,

Quod ſecundum ius canon. affirmatur,

niſi maritus iniuriam remiſerit,

etiam præſumtiue.

tur, quod contingit, si maritus ignorauit adulterium vxoris, et in illa ignorantia mortuus fuerit, quia remisisse hanc iniuriam, nec in studio vlciscendi spiritum emisisse, si delictum sciuisset, in dubio præsumitur, adeo vt etiam mors innocentis proficiat adulteræ ad mitigationem pœnæ; quamvis enim actio *de moribus* sublata fuerit, constat tamen, privationem dotis ad vindictam esse referendam, quæ morte innocentis sublata est. HARPRECHT. *cit. l. n. 42. sqq.* BERLICH. *cit. l. n. 13.* Qui cum FARINACIO *cit. l. n. 115.* contrariæ sententiæ adhærent, autoritati glossæ ad *l. 27. C. de fideic.* nituntur, quæ hodie adeo lubrica est, vt a vero neminem deflectere queat, præsertim quod in dubio ad absolvendum procliuiores esse, *l. 32. §. 4. de donat. int. vir. et vxor.* et benigniora præferre debeamus, *l. 56. de R. V.* E contrario 3) si de mariti intentione constat, quod iniuriam sibi illatam remittere noluerit, heredibus hæc exceptio adulterii non deneganda, si vel maxime diuortium nullum factum est. FONTANELLA *cit. l.* Id docet pontifex in *cit. c. 4.* denegatque mulieri adulteræ repetitionem dotis, quæ conscientia criminis discessit, nec eidem reconciliata est. Vel hæc posterior circumstantia sufficit, si vel maxime vxor non discessit. Quid enim, si mox maritus, comperto adulterio, ab omni eius consuetudine abstineat, et verbis factisque exulceratam mentem ostendat, nec ante mortem cum ipsa in gratiam redeat? quid si vxorem accusauit, vel iam in procinctu fuerit, vt eam accusaret, sed morte præventus, accusationem vel actionem ad diuortium absoluere haud potuit? Quid si extraiudicialiter conquestus fuit, aliquo tamen impedimento ab eius accusatione deterritus fuerit? Da der Mann bey seinem Leben des Weibes Ehebruch gewust, das geeiffert, das Weib ausgetrieben, oder sich dessen

remissione cessante heredes recte hanc exceptionem opponunt.

sen beklagt, jedoch mit dem Tode übereilet worden, vt loquitur Elector Saxon. *P. 4. const. 21.* quæ verba *iuris canonici*, non *ciuilis* sententiam aperte referunt, vt inde manifestum sit, illius in hac materia vnice rationem habitam fuisse. Interim legens et perlegens, quæ interpretes, et inprimis PETRVS BARBOSA, hac de doctrina tradunt, admodum doleo vicem iurisprudentiæ nostræ, in qua ima summis a plerisque miscentur, nec iura antiquata a recentioribus institutis separantur, multo minus iuris canonici principia, quæ principatum in praxi obtinent, et tamen non exacte cum iure ciuili conueniunt, seorsim traduntur et excutiuntur, vnde Dd., quæ huius iuris sunt tantum, ineptissime ex iure ciuili explicare nituntur.

Quin etiam mariti heredes dotem petere possunt ob adulterium commissum.

§. V. Secundam quod concernit quæstionem, præmittendum est, tunc eam demum moueri posse, quando dos tantum promissa ab vxore, nondum vero soluta fuit, id quod variis ex impedimentis fieri potuit. Quodsi ergo maritus adulterium sciuit, de eo conquestus est, ad diuortium et dotis priuationem agere voluit, morte tamen, nulla reconciliatione facta, præuentus est, heredes a petitione dotis plures arcent, vt FARINAC. *cit. l. n. 119.* PETRVS BARBOSA *ad l. 2. solut. matr. in pr. P. 1. n. 124. sq.* CYRIACVS *in contr. for. lib. 1. contr. 104. n. 27. sq.* Huius sententiæ ratio fere vnice inde desumta videtur, quod in *c. 4. cit.* heredibus *exceptio adulterii* duntaxat indulta fuerit, non autem actio pro dote petenda, quæ tamen, meo iudicio, parum stringit. Eum enim pontifex tantum casum in *cit. tx.* adduxit, qui vtplurimum contingit, cum vtplurimum dos marito statim tradatur, et ita vxor ab heredibus mariti eam petat soluto matrimonio, quo casu per viam exceptionis vidua

dua repellitur. Enimuero cum huius *exceptionis* ratio vnice in adulterio commisso constituatur, quod maritus vindicare, non vero iniuriam sibi illatam remittere voluit, et hac de causa ius canonicum heredibus dotem vxoris attribuat, merito quoque ex eodem fundamento ius agendi ad dotem petendam illis indulgere debuit, cum eadem hoc casu ratio sit *actionis* et *exceptionis*. Facilius quidem alias datur exceptio, quam actio, si scilicet *diuersitatis* ratio quaedam excogitari potest; enim vero haec in praesenti casu deficit, cum idem fundamentum in actione mouenda deprehendatur, ob quod exceptio ex iure canonico data est. Quid enim si vxor in articulo mortis mariti commisisset adulterium, de quo maritus grauiter conquestus est? quidsi, reconciliatione omni reiecta, decessisset? satis sine dubio apparet, maritum vindicandi adulterium, et ad dotis priuationem agendi animum habuisse, morte autem praeuentum consilium suum in exitum deducere non potuisse. BESOLDVS *P. IV. consf. 179. n. 97.* BRVNNEM. *consf. XXII. n. 10.* IO. GOEDDAEVS *in consf. Marp. vol. 3. consf. 28. n. 197. sqq.* Equidem de iure ciuili heredes hoc casu agere non possunt, quia vindictam spirat actio dotis priuatoria, aeque vt iniuriarum, quae demum lite contestata in heredes transit; imo nec hoc iure *exceptio* heredibus in casibus adductis concedi potuit, cum post fata innocentis de moribus vxoris adulterae quaestio moueri amplius nequeat. Non ergo ex hoc iure *ratio dubitandi* peti potest, cum iam obseruauerim, ne quidem secundum *nou. 134. c. 10.*, quae ius nouum constituit, amplius actionem ad dotis priuationem superesse marito, multo minus heredibus; sed vnicum decidendi fundamentum ex *iure canonico* petendum.

§. VI.

§. VI. Idem iudicium formandum de tertia quaestione, quae rursus vnice occasione *c. 4. cit.* formatur, nec secundum *iuris ciuilis* tramitem moueri potest. Si constaret, heredes hoc iure ad dotem petendam agere posse, frustra de heredibus *extraneis* instituueretur quaestio, quippe qui aeque heredes sunt ac quidem legitimi. Quod autem quidam heredes extraneos ab hac *actione* et *exceptione* arceant, eius dubitandi ratio vnice tracta est *ex cit. c. 4.*, in cuius facti specie, pontifici oblata, haec circumstantia adducta erat, quod mulieres, defunctis maritis, *a consanguineis, ad quos hereditates eorum perueniunt*, dotem repetere soleant, quam pontifex in decisione ipsa repetiisse, et ad illam hanc restrinxisse videtur, BERLICH. *P. 4. concl. 30. n. 27.* FARINAC. *cit. l. n. 126.* CARPZOV. *in pr. crim. qu. 65. n. 24.* adeo, vt nonnulli tantum liberos admittant, reliquos autem heredes ab intestato excludant. CARPZ. *cit. l. n. 26.* Sicuti vero haec posterior sententia omni fundamento iuris destituitur, et nullibi ad liberos tantum restricta est, ne quidem secundum ius Saxonicum, quod *P. 4. Const. 21.* indefinite der Erben meminit, (vtut CARPZOV. *cit. l.* contorte verba constitutionis Saxonicae in alium sensum trahat) ita nec ad solos *ab intestato* heredes haec iuris canonici dispositio referenda, quorum tantum *incidenter* facit mentionem, nec *dispositiue* de eis quid decernit. Neque etiam solida diuersitatis ratio dari potest. Consanguinei enim, ad quos hereditas deuoluitur, ideo hoc iure fruuntur, quod dotis lucrum *hereditati* insit, et eius augmentum factum fuerit. De *extraneo* herede idem formandum iudicium, ad quem eodem modo cum omni iure, quod defunctus acquisiuit, hereditas deuoluitur.

Sine distinctione, vtrum sint heredes legitimi an extranei.

nec soli heredes ab intestato.

Decedente adultera, maritus propter dotem habet actionem et exceptionem

§. VII. Quodsi mulier adultera diem obiit, viuente adhuc marito, qui tamen cum ea in gratiam redire prorsus recusauit, interim nec diuortium facere potuit, morte eius vel alia iusta causa impeditus, marito quidem contra heredes adulteræ, dotem repetentes, largiuntur *exceptionem*, sed non *actionem*, vt censuit BERLICH. *cit. l. n. 30. sqq.* Prius probant ex *l. 36. C. ad L. Iul. de adult.* vnde liquet, olim vxore, diuortio facto, mortua, *propter dotis quæstionem, vtrum lucro mariti cedere an non heredes mulieris restitui debeat*, licuisse adhuc probationem adulterii suscipere, et ita heredibus dotem repetentibus hanc exceptionem opponere. Iure veteri certe id non licuit, quia id aliter, quam actione *de moribus*, repudio facto, mota, fieri non potuit: IVSTINIANVS vero, hac actione sublata, quæstionem adulterii adhuc post mortem vxoris moueri posse constituit in *cit. l. 36.* quod nec per *nou. 134. c. 10.* immutauit. Etenim hæc de adultera viuente, monasterioque in perpetuum inclusa, disponit, cuius bona diuiduntur inter descendentes vel ascendentes et monasterium; marito vero, vel quod eam post biennium ex monasterio repetere noluit, vel quod intra biennium iam decessit, nihil attribuitur. Talis vero diuisio obtinere nequit, si vxor, repudio facto, nondum de adulterio accusata, mortua fuerit, quem casum IVSTINIANVS in *cit. l. 36.*, quæ anno 532. condita, supposuit. Grauius dubium emergit ex *nou. 117. c. 8. §. 2.* vtpote lege posteriori, anno 541. condita, vbi processus contra vxorem adulteram ita instruitur, vt 1) prius criminaliter de adulterio contra eam agatur: 2) probato adulterio, repudium fiat, et ita 3) dotis lucrum ei obueniat, reliqua vero bona 4) quandoque fisco addicentur. Hoc modo itaque repudium amplius non potuit fieri, antequam vxor criminaliter accusata et condemnata

demnata fuerit, quod tamen ex tramite iuris veteris ſupponit *l. cit. 36.* Atque hunc quoque proceſſum *n. 134. c. 10.* non adeo immutat, ſed repudium tantum differt poſt biennium, ſi adulteram ex monaſterio repetere renuit maritus, quamuis hoc caſu dotis lucro abſtinere cogatur, vt *§. pen. c. praec.* dictum. Quae cum ita ſint, palam eſt, ex iure ciuili parum praeſidii pro decidenda hac quaeſtione ſupereſſe, et rurſus recurrendum ad *cit. c. 4. X. de donat. int. vir. et vx.* id quod cum heredibus mariti exceptionem contra vxorem largiatur, multo magis quoque marito eam indulgere debet contra heredes vxoris. Neque vero quod BERLICH. *cit. l. n. 32.* intendit, ius agendi marito denegandum pro dote promiſſa ſoluenda, prout rationes *§. antecedente* adductae euincunt. Denique ſicuti id tantum procedit, ſi vxor vel eius heredes dotem repetunt, ita ſine dubio applicatio eius deficit ad caſum, quo extraneus, qui dotem dedit, ſoluto matrimonio, eandem ſibi reddi ſtipulatus eſt, quippe cui vxor ſuo adulterio praeiudicare non potuit, ſicuti nemo ex alterius delicto plectendus eſt. FONTANELLA *de pact. nupt. clauſ. 8. gl. 3. p. 12. n. 18.* BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 43. Conſil. Argent. 74. vol. 1. n. 58. ſqq.* BARBOSA *ad l. 2. ſolut. matrim. P. 1. in pr. n. 63.*

extraneo tamen, cui dos reddenda, non praeiudicatur.

§. VIII. Ad viduam quoque quidam poenam priuationis extendunt, maxime quae intra annum luctus ſtupro ſe maculauit, quam quaeſtionem late examinat BERLICH. *P. 4. concl. 31.* Secundum ius ciuile tantum amittit donationem propter nuptias per *nou. 39. c. 2.* dotis priuationem autem non patitur. Accedit, quod adulterium non committat, nec iniuriam marito, a quo iam liberata eſt, inferat, vt heredibus ius puniendi viduam concedi debuerit. Nec diſpoſitio

De vidua intra annum luctus ſtupro ſe maculante

ſitio iuris canonici ad hunc trahenda caſum, quod ne quidem pœnis ſecundarum nuptiarum fauet, ſed intra annum luctus ſecundas permittit nuptias. Conf. CHRISTINAEVS in *comm. ad LL. munic. Mechlin. tit. 2. art. 13. n. 168.* BARBOSA *cit. l. n. 65. ſq.* MERLIN. *de legitima lib. 4. tit. 2. qu. 6. n. 7. 8.* PAVLVS AEMIL. GALLVS *de except. ſucceſſ. ab inteſt. tit. 5. exc. 10. n. 60.* VALASCVS *in conſult. lib. 2. conſ. 169. n. 20.* CARPZ. *pr. crim. qu. 65. n. 37.* Pariter de ſponſa quærunt, vtrum etiam hæc per ſtuprum dote priuanda ſit? Equidem ſi ante ſponſalia ſtuprata eſt, vt iam grauida ea inierit, certum eſt, dotis priuatione illam non eſſe plectendam, ſi vel maxime matrimonium conſummatum fuerit, quippe quod hoc caſu nullum eſt, non vero per repudium reſcinditur. CARPZ. *lib. II. iurispr. conſiſt. def. 199. n. 5. ſeqq.* Enimuero grauior emergit ſcrupulus, ſi ſponſalibus puris iam contractis ab alio ſtuprum patiatur, quod *adulterii* ſpeciem præ ſe fert, *l. 11. §. 9. ad L. Iul. de adult.* præſertim ſi iam ab alio grauida matrimonium conſummat cum ſponſo, quod per repudium reſcinditur, nec *nullum* dici poteſt. Hac de cauſa pœnam priuationis etiam ad hunc caſum extendit BERLICH. *P. IV. concl. 29. n. 32.* nec ſine ratione, quoniam etiam hoc caſu inſignis, imo eadem infertur iniuria marito, quam patitur, ſi conſtante matrimonio vxor ſe polluit adulterio. Neque diſtinguendum eſſe arbitror, vtrum diuortium reuera factum fuerit nec ne? quid enim ſi vxori mox poſt puerperium decedenti, maritus ignoſcere penitus abnuat? Satis omnino conſtat, nullam cum vxore reconciliationem fuiſſe factam, in quo acquieſcit ius canonicum. Quocirca non tantum dotem, quam iam accepit, retinere, ſed non ſolutam etiam petere poteſt. Hoc tamen limitandum eſſe cenſeo, ſi ſponſus, comperto adulterio, mox ſponſam infidelem

et ſponſa ſtuprata.

delem repudiat, quia ita matrimonium nondum fuit consummatum, de quo casu intelligo CARPZOVIVM *in pr. crim. qu. 64. n. 45. sqq.*

§. IX. Fundamentum huius priuationis est *adulterium* primario, de quo hac dissertatione vnice sollicitus sum. Quamuis negari non possit, *desertionis malitiosæ*, qua itidem fides coniugalis frangitur, et *insidiarum vitæ structarum* causam *iusto repudio* sufficere, et hanc priuationem operari. NICOLAI *de diuort. P. 2. c. 2. n. 68. sqq.* LYNCKER *cent. IV. decis. 328.* Committit autem adulterium vel *vxor* vel *maritus*. De illius adulterio satis hactenus. Hic vero hodie non tantum adulterium committit, si cum *ligata*, sed etiam si cum *soluta* rem habet. Priori casu ius ciuile marito decreuit priuationem donationis propter nuptias, vt *c. antec.* ostensum est, cum aliis lucris nuptialibus, quod per *nou. 117. et 134.* non est correctum, quin potius corroboratum. BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 25.* Enimuero ius ciuile id non aliter admittit, quam, facto repudio, vt proinde merito dubitari possit, vtrum etiam hoc hodie adplicari queat ad casum, quando vxor morte mariti præuenta, vel aliter impedita ad diuortium agere non potuit secundum iuris canonici principia? Hoc enim in solo acquiescit *adulterio*, et *iniuria* per illud innocenti illata, quatenus nulla facta est reconciliatio, siue diuortium interuenerit, siue non. Quid ergo si maritus, adulterio manifestato, discesserit, vel in fuga decesserit, vt vxor diuortium petere fuerit impedita? Idem puto hoc casu dicendum esse, quod iura canonica constituerunt in *vxore adultera*, cum coniuges pari iure in adulterio fruantur. CARPZ. *in pr. crim. qu. 64. n. 40. sqq.* MEV. *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 408.* Posteriori casu,

Mariti adulterium vxori tribuit donationem propter nuptias,

si vel maxime vxor diuortium facere impedita fuit.

casu, si cum ligata sese commiscuit, maritus quidem secundum *ius ciuile*, se simplici stupro non adulterio polluebat, sed et ob hanc causam vxori integrum erat, repudium marito renunciare, dotemque cum donatione propter nuptias repetere per *nou. 117. c. 9. §. 5.* quod multo magis hodie dicendum, quia iuxta iuris canonici et Carolini principia hoc casu verum perpetratur adulterium.

Adulterium est vel verum vel præsumtum.

§. X. Est autem adulterium duplex vel *verum* vel *præsumtum.* Illud dicitur, quando constat de consummato adulterio, quod quomodo perficiatur, hic non inquiram. Hoc vero appellatur, quando ex argumentis et coniecturis grauissimis præsumtio vrgens de commisso adulterio inducitur, quæ, quando ad diuortium agitur, sufficere dicitur, *c. 12. X. de præsumt. c. 27. X. de testib. c. 4. C. 27. qu. 1.* licet ad effectum *pœnæ criminalis* de consummato adulterio per immissionem seminis constare debeat. Sufficere autem *adulterium præsumtum* ad diuortium, docet *c. 12. X. de præs.* vbi refertur casus de consanguineo mariti, quem testes viderant *solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto iacentem, ea vt credebant intentione, vt eam cognosceret carnaliter*, quemque præterea deprehenderant *in multis locis secretis et latebris ad hoc commodis et horis electis.* Respondit pontifex, *quod ex huiusmodi violenta et certa suspicione sententia diuortii possit promulgari.* Equidem GONZALEZ *ad cit. c. in f.* inde minime colligendum esse credit, ex sola grauissima adulterii suspicione diuortium non esse decretum, sed potius quia constabat, reuera illud commissum esse; accessisse præterea suppositionem partus, propinationem potus venefici, quæ per se ad diuortium suffecerint, præsertim cum confessi fuerint rei, se ante nuptiarum solennia concubuisse

Atque ex hoc etiam diuortium decerni potest.

buiſſe. Enimuero 1) ex integra decretali liquet, partus ſuppoſitionem et potus venefici propinationem non ſatis probari potuiſſe, ſed tantum hæc crimina allegata fuiſſe per verba: *dicitur quoque* etc. Qua de cauſa 2) nullam inde decidendi petit rationem pontifex, nec vlteriorem horum criminum indagationem imperat, ſed 3) vnice ſubſiſtit in *violenta et certa ſuſpicione adulterii*, oſtenditque, talem ſufficere ad probandum adulterium intuitu diuortii, quod ipſa deciſionis verba indicant. Atque inde dicitur *præſumtum*, quod ex ſolis violentis et grauiſſimis coniecturis demonſtratum fuerit. Nouum vero dubium inde format Dn. de BERGER *in elect. proc. matrim.* §. *30.* et *in ſupplem. p. 153.* quod facilius talis probatio per vrgentes coniecturas, in foris catholicorum, tolerari poſſit, in quibus *totale diuortium* non decernitur, ſed tantum perpetua ſeparatio quoad thorum et menſam, id quod etiam pontifex indigitat in *cit. c. 12.* cum in foris A. C. addictorum ob adulterium *totali diuortio* locus ſit, et ex Chriſti doctrina *actuale adulterium* deſideretur per verba *Matth. V. 32.* παρεκτὸς λόγου πορνείας h. e. *excepto negotio adulterii*, quæ verba notanter coniuncta videntur, vt *conſummatio adulterii* indigitetur. Verum enim vero quando 1) *præſumtum adulterium* adlegatur, non negatur eiusdem conſummatio, ſed de *modo probandi* tantum quæſtio inſtituitur, an conſummatio ita præciſe probanda, vt in pœna criminali; an vero ſufficiat eam ex coniecturis violentis et grauiſſimis inducere? poſterius admittit pontifex, non quidem ideo, quod tantum *partiale diuortium* decernatur (quippe quod etiam in adulterio, cuius conſummatio manifeſta eſt, duntaxat locum habet) ſed quod de adulterio tantum *ciuiliter* hic agatur. 2) Verba ſaluatoris potius ita vertenda: *excepta ratione adulterii*, vt quicquid

quod confirmatur

etiam inter proteſtantes.

actuale adulterium vel *rationem adulterii* continet, diuortio sufficiat. D. IO. MICHAEL LANGZ de *nupt. et diuort. diss. 6. §. 11. et 14.* Quid ergo dicendum de tali casu, si lasciuo more nudus cum nuda solus cum sola in eodem lecto reperti et deprehensi fuerint, annon vxor impudica eo ipso peccat in fidem coniugalem, quod adulterii causa in thorum coniugalem receperit masculum, licet non exacte probata fuerit consummatio? hæc interim vrgentissime et violenter adeo præsumitur, vt de eo dubitari non liceat. Sed ponamus etiam, liquere, adulterium ad proximum actum peruenisse, sed consummari non potuisse ob qualecunque impedimentum, annon etiam talis conatus proximus, cui fere nihil defuit, *rationem adulterii* habet, quæ in *fide coniugali fracta* quærenda, non vero præcise in imprægnatione, quæ etiam deficere potest, si vel maxime consummatio in dubium haud vocatur.

Modo sint indicia violenta.

§. XI. Violenta autem et vrgentissima adulterii perpetrati indicia desiderat pontifex, adeoque remotiora non sufficiunt ad hunc effectum, vt diuortium decerni queat. Neque itaque soli amplexus et oscula sufficiunt ad decernendum diuortium et priuationem dotis, vt recte censent SANCHEZ *de matrim. lib. 10. disp. 4. n. 11. sqq.* PETRVS BARBOSA *ad l. 2. solut. matrim. P. 1. in pr. n. 69. sq.* quippe quæ ne quidem *rationem adulterii externi* habent, quamuis impuris cogitationibus intuitu DEI adulterium ita sæpe committatur, quod DEVS, cordium scrutator, iudicat. Multum hic arbitrio iudicis committendum, qui ex ratione loci, temporis, aliarumque maxime suspectarum circumstantiarum de adulterio præsumto iudicium suum interponere debet, vt idoneo exemplo illustrat STRYK. *in*

vs.

vs. mod. Pand. tit. de diuort. §. 53. Conf. BARBOSA *cit. l. n.* 74.

§. XII. Quodsi ergo ob *præsumtum adulterium* locus est diuortio, etiam *dotis priuatio* obtinebit. Ius canonicum enim talem adulterii probationem idoneam esse iudicauit in materia *diuortii*, multo magis ergo etiam ad effectum amittendi dotem, quæ caussa longe minor est illa. BARBOSA *cit. l. n.* 75. BERLICH. *P. IV. concl.* 29. *n.* 52. Aliud dicendum esse volunt, si tantum *ficte* est adulterium probatum, scilicet per *contumaciam* vxoris de adulterio accusatæ. Quid enim, si vxor suspecta de adulterio discessit: accusata est de adulterio: publice tribus vicibus citata: nunquam vero comparuit; tandem vt confessa et conuicta condemnata, vtrum dotem saluam retinet? Id quidem arbitratur PETR. BARBOSA *cit. l. n. 75. arg. l. 55. de euict.* quæ docet, euictionis nomine agere non posse, cui per contumaciam fundus est euictus. Enimuero ratio consequentiæ claudicat. Quod agere non possit propter rem euictam, qui contumacia sua damnatus est, vel hanc habet rationem, quod culpa sua victus fuerit, ergo etiam damnum sentire debet. At vero inde nulla trahi consequentia potest ad casum præsentem, vbi de vxoris regressu non agitur, sed de vxore condemnata ex capite contumaciæ, quæ sententia effectum vtique habere debet contra contumacem, quem amitteret, si priuatio dotis eidem deesset. Denique si talis sententia habet effectum *diuortii*, quidni etiam *priuationis* dotis? et si desertrix ex capite contumaciæ condemnata dotem amittit, quare diuersum esset constituendum, si in adulterii accusatam tanquam confessam et conuictam sententia est lata.

Adeoque etiam operatur dotis priuationem;

si vel maxime vxor ob contumaciam condemnata.

Amittit adultera dotem, §. XIII. Amittit vero vxor adultera (I) dotem, ficuti maritus donationem propter nuptias, dote reftituta, quod iuri codicis quoque conforme eft. Olim quoque (II) præter dotem quantitas tertiæ partis dotis ex reliquis bonis præftanda erat innocenti marito per *nou. 117. c. 8. §. 2.* quod tamen per *nou. 134. c. 10.* correctum effe, vltro et recte fatetur BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 11.* qua de caufa quoque eius non fit amplius mentio in *c. 4. X. de donat. inter vir. et vxor.* (III) Amittit quoque *dotalitium*, prout aperte tradit *cit. c. 4.* qua appellatione quid denotetur, iam *§. vlt. c. præced.* dictum. Idem fine dubio extendendum ad alia commoda ex pactis dotalibus debita. (IV) Nulla dote conftituta olim quarta parte patrimonii mulctabatur adultera, *l. 11. §. 1. C. de repud.* id quod per *nou. 134. c. 10.* fublatum eft, prout ex fupra dictis manifeftum redditur. Quia vero ius canonicum priuationem dotis reduxit reftituitve, fine dubio eius intentionis fuiffe videtur, vt etiam id reftituat, quod in defectu dotis ius codicis marito attribuit. Vel hæc fola ratio oftendit, *paraphernalia* vxori falua relinquenda effe. Etenim in defectu dotis non aliunde quarta pars debetur, quam ex paraphernalibus, qua appellatione præter dotem reliqua vxorum fubftantia venit. Quantis vero animorum contentionibus circa hanc materiam diffentiant interpretes, docent SANCHEZ *de matrim. L. 10. difp. 8. n. 10.* BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 18. fq.* LAVTERBACH. *ad L. Iul. d. adult. §. 26.* PETRVS BARBOSA *cit. l. n. 54. fq.* BARTHIVS *de diffens. in praxi cent. 1. diff. 41.* Ex iure ciuili fane nulla folida ratio pro affirmatiua depromi poteft, fiue ius antiquum fiue recentiffimum infpexeris. Nam per *nou. 134. c. 10.* bona omnia quidem amittit, fed ea diuiduntur inter defcendentes vel afcendentes vxoris et monafterium; his vero defi-

tertiam partem ex reliqua fubftantia,

dotalitium,

quandoque quartam partem bonorum,

non paraphernalia,

deficientibus soli monasterio obueniunt, vnde palam est, ea lucro mariti non cedere, quod vnice in quaestione est. Ante hanc nouellam bona adulterae, quae deducta dote supererant, fisco cedebant, vt rursus paraphernalia marito haud obuenerint, nec paria cum dote iura habuerint. Qui marito *paraphernalia* assignarunt bona, (1) quorundam interpretum et canonistarum sententiam suam fecerunt, existimantium, in *c. 4. X. de donat. int. vir. et vx.* sub appellatione *dotalitii* denotari paraphernalia, quem errorem iam reieci supra *c. praec. §. vlt.* Conf. BESOLD. *conf. 110. n. 178.* (2) Miscuerunt plerique iuris ciuilis instituta, cum iure Germanico antiquo, quod *communionem bonorum* inter coniuges constituit, et ex hac quandam diuersitatem etiam circa hanc doctrinam introduxit, quod quodammodo iam animaduertit BERLICH. *P. IV. concl. 29. n. 18. sq.* vt infra ostendam. (3) Nonnulli etiam huc prolapsi sunt, vt, quia obseruarunt, hodie non amplius adulterae substantiam fisco vel etiam monasterio deferri; illa marito addicenda crediderint, sine solido tamen fundamento, cum potius, iure fisci vel monasteriorum quiescente, heredibus legitimis illa obvenire debeant. Denique (V) amittit omnia legata, donata, aliaque a marito vxori relicta, hoc, nulla reconciliatione interueniente, mortuo. Etenim α) haec vxor etiam amittit, si intra annum luctus ad secunda transit vota *l. 1. C. de secund. nupt.* multo magis ergo, si per adulterium in fidem coniugalem peccauit, quae iniuria longe grauior est, CARPZ. *in pr. crim. qu. 64. n. 34. et qu. 65. n. 69.* β) Inimicitiae capitales inducunt per se praesumtam testatoris voluntatem adimendi legata et fideicommissa, quae iure ciuili sufficit; *l. 3. in f. de adim. vel transf. leg. l. 9. de his quae vt indign.* tales vero inimicitias capitales ex adulterio commisso

bona vero legata et donata.

ſo ortas et natas fuiſſe, palam eſt, præſertim cum hic ſupponi debeat, maritum, omni abiecta reconciliatione, deceſſiſſe. Conf. L. B. de LYNCKER *reſp. 150. n. 15.* CYRIACVS *lib. I. contr. for. 134. n. 3.* HERSER *de comm. bonor. P. 2. loc. 16. n. 323. ſq.*

Lucra hæc obueniunt marito a tempore commiſſi adulterii,

§. XIV. Quemadmodum vero adulterium commiſſum eſt fundamentum huius priuationis ſecundum ius canonicum, quo vtimur, non vero præciſe *diuortium;* ita inde ſequitur, vt lucra hæc innocenti cedant non demum a tempore facti *diuortii*, prout ſtatuit MYNSINGER *reſp. 43. n. 52.* et confirmat BESOLD. *conſ. 110. n. 176.* ſed a tempore *commiſſi criminis*, cum etiam, nullo facto diuortio, pœna priuationis locum inueniat, adeoque fructus ex fundo, donationis propter nuptias ergo vxori conſtituto, ab hoc tempore ob adulterium mariti debentur. Equidem ſententia iudicis deſideratur, quæ priuationem horum lucrorum decernat; SANCHEZ. *de ſacram. matrim. lib. X. diſp. 8. n. 13.* BERLICH. *P. IV. concl. 31. n. 29.* hæc tamen non tam *priuatoria* quam *declaratoria* eſt, deſignans, vxorem vel maritum hæc lucra perdidiſſe ſecundum iurium tramitem. Ceterum competens iudex in hac cauſa tum iudex *ſecularis* eſt, tum *eccleſiaſticus.* Ille quidem primario et principaliter: ſi *principaliter* ſeparato proceſſu de priuatione dotis agitur, vel vxori adulteræ, dotem coram iudice ſeculari petenti, exceptio *adulterii* opponitur, quod nullum habet dubium, cum hæc cauſa ſua natura *ciuilis* ſit. Iudex eccleſiaſticus vero ex accidente tunc iudex competens eſt, ſi *incidenter*, actore ad diuortium agente, hæc quæſtio ſimul ventilata fuit, de qua *acceſſorie* tum recte ſimul pronunciat per *c. 3. X. de donat. inter vir. et vxor.* cum iudex incompetens etiam de

per ſententiam declaratoriam iudicis,

etiam eccleſiaſtici.

de illis quæſtionibus *incidenter* cognoſcere queat, quæ in cauſa principali, in qua competens eſt, incidunt, *l. 1. C. de ord. iudic.* quo iure etiam proteſtantes vtuntur. L. B. de LYNCKER *reſp. 30. n. 28.* Atque hæc ad priuationem dotis actio ciuilis quinquennio, quod criminali præſcriptum eſt, non finitur, ſed perpetua eſt, NICOLAI *d. diuort. P. 2. c. 17. n. 62.* LYNCKER *reſp. 150. n. 15. ſ. q.* BRVNNER *in dec. matrim. P. 2. c. 17. n. 52.* quod quidam duntaxat de *exceptione adulterii* intelligunt, PETRVS BARBOSA *ad l. 2. ſol. matrim. P. 1. pr. n. 133.* CHRISTINAEVS *vol. 5. deciſ. 218. n. 12. ſq.* ſed ſine ſolido fundamento, cum hæc ad *priuationem dotis* actio mere *ciuilis* ſit, nec in *iure canonico* ad quinquennium cum *criminali* reſtricta.

Ceſſat hæc priuatio 1) ob remiſſionem,

§. XV. Ceſſat tamen et quieſcit hæc actio vt et exceptio (I) ob *remiſſionem* coniugis innocentis, vel *expreſſam* vel *tacitam.* Hæc potiſſimum colligitur ex *cohabitatione coniugali*, poſtquam marito adulterium innotuit, CHRISTIN. *vol. 5. deciſ. 218. n. 9.* quia vix euidentior remiſſio concipi et excogitari poteſt. IO. a SANDE *lib. 2. tit. 6. def. 2.* Quid ergo ſi absque cohabitatione eam in domum ſuam recepit vel in ea apud ſe retinuit, ſciens vxorem eſſe adulteram? Etiam inde *remiſſionem* colligendam eſſe cenſuit MENOCH. *vol. IX. conſ. 850. n. 19. ſq.* PAVLVS AEMILIVS GALLVS *de except. ſucceſſ. ab int. tit. 4. exc. 9. n. 28. ſeq.* quod omnis iniuria diſſimulatione aboleatur, et ita etiam per adulterium marito illata. CARPZOV. *lib. 2. iurispr. conſiſt. def. 197. n. 12.* Enimuero hoc non ſimpliciter admittit L. B. de LYNCKER *reſp. 93. n. 51.* vbi maritus ab omni cohabitatione abſtinet, quod remiſſio eo fieri debeat modo, quo vt *coniuncta* et *ſocia thori* agnoſcatur, vt ne quidem *expreſſa* aliter admitti

cum intentione cohabitandi factam.

 queat,

queat, quam si vna declaret maritus, quod eam in thorum recipere eique cohabitare velit; neque hic argumentum admittit a dissimulatione alterius iniuriæ simplicis, quod hæc facilius induci possit, quippe in qua tanta læsio non occurrit, ac quidem in adulterio, vbi fœdatus et corruptus est thorus coniugalis, et incertitudo partus procurata. Videlicet quamdiu maritus ab omni *cohabitatione coniugali* abstinet, nondum satis constat de intentione eius, licet interim eam secum domi retineat, vel permittat, vt ad domum suam reuertatur, præsertim cum hic talis *remissio specialis* desideretur, qua *coniugii continuatio* indicatur, quæ tamdiu deest, quamdiu eam, vt *vxorem* suam, haud agnoscit. Conf. IOSEPH VRCEOLVS *de transact. qu. 56. n. 15.* Vnde facile liquet, qualis *reconciliatio* intelligatur, quam pontifex in *c. 4. X. de donat. int. vir. et vxor.* poscit, scilicet qua vxori remittit iniuriam per adulterium illatam, eique cohabitare in posterum promittit. Hac facta, saluum ius circa dotem vxori manet, siue ante siue post sententiam reconciliatio fuerit facta. SANCHEZ *de matrim. lib. X. disp. 8. n. 21.* Fit vero hæc, quatenus expresse fit vel per *pactum remissorium* simplex, vel per *transactionem*, dato aliquo vel retento vel remisso. Nec hanc per *l. 18. C. de transact.* esse improbatam, palam est, cum non de crimine, sed de ciuili causa hæc ineatur. IOSEPH. VRCEOLVS *cit. l. n. 54.*

2) Si æque maritus adulter est.

(II) ob exceptionem *compensationis*, si maritus in pari luto hæreat, quæ tam ante quam post litem contestatam opponi potest, BESOLD. *vol. 2. consf. 55. n. 12. sqq.* CHRISTINAEVS *vol. 5. decis. 218. n. 38. sqq.* quod iuri ciuili conforme esse obseruaui *c. præc.* Quod si maritus post sententiam latam et diuortium factum delicto carnis sese maculet, propterea vxor dotem a marito repetere nequit, cum separatione facta ei

ei nullam amplius iniuriam inferat nec fidem coniugalem, cuius vinculum solutum est, violet. CHRISTINAEVS *cit. l. n. 59. sqq.* (III) Per *accusationem criminalem* contra vxorem intentatam, quod etiam hodie obtinere censet L. B. de LYNCKER *resp. 30. n. 29.* Enimuero 1) expeditum est, id ad *inquisitionem* ex officio a iudice motam trahi non posse, qua licet finita, marito tamen integrum est, ad diuortium adhuc agere. 2) Praeterea in *cap. praec. §. 19.* demonstraui, iam IVSTINIANVM hoc correxisse in *nou. 117. c. 8. §. 2.*, atque voluisse, vt, licet criminalis contra vxorem mota fuerit accusatio, adhuc tamen diuortio et priuationi dotis locus esse possit. Nec 3) ius canonicum contrarium statuit, quin potius 4) hinc inde in constitutionibus prouincialibus post *accusationem* adhuc permissa est *actio* ciuilis ad diuortium. Quid ergo, si maritus, pendente accusatione, decesserit, vtrum heredes vxori, dotem repetenti, recte hanc exceptionem obiiciunt? id affirmandum esse arbitror per *c. 4. X. de donat. inter vir. et vxor.* (IV) Ob factum mariti, quo *consensum* suum adulterio accommodauit. BERLICH. *P. 4. concl. 29. n. 47.* (V) Ob *iustam* vxoris *defensionem*, veluti, si ignorans, si per vim adulterata fuerit. (VI) Ob priuatam mariti vindictam, si adulteram in adulterio occidit, *l. 10. §. 1. sol. matrim.* quod marito non erat licitum. Vnde infert DVARRENVS *ad cit. l.* vbi vetus consuetudo vxorem adulteram interficere permittit, vt in Italia et Germania, ibi dotem adhuc cedere lucro mariti. Equidem hodie in Germania caedem hanc licite fieri posse, nullus dixerit Germanus, adeoque hoc suppositum inane est. Neque enim facile, quod Romani improbarunt, hodie licitum esse asseri potest, et quamuis MEVIVS *ad ius Lubec. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 434.* itidem censeat, maritum lege permittente occidere

3) Si maritus criminaliter agit, quod hodie non attenditur.

4) Si consensit in adulterium.

5) Si vxor bona in fide est.

6) Si maritus vxorem occidit.

dere vxorem potuiſſe, id tamen minime probat, quin contrarium euincit *l. 38. §. 8. D. ad L. Iul. d. adult.* Mores et leges Italiæ forſan hodie facilius admittunt hanc priuatam vindictam, quibus poſitis, maritus lucro dotis non eſt privandus. *l. 4. C. ad L. Iul. de adult.* ANDREOL. *contr. for. 336. n. 13.*

Ius Germanicum a Romano in plurimis diuerſum eſt.

§. XVI. Progredior ad ea fora, in quibus *iurium Germaniæ antiquorum* vigor adhuc ſancte colitur, quorum in numero non minus iudicia Hamburgenſia habenda ſunt. Inſignis enim quoad matrimonia diuerſitas deprehenditur inter ius *Romanum* et antiquum *Germanicum*. Secundum illud per coniugium nulla inducitur communio bonorum, ſed quilibet rerum ſuarum retinet proprietatem *l. 1. C. de crim. expil. hered. l. 1. D. rer. amot.* Etenim 1) maritus in rebus in dotem datis quoddam acquirit dominium, *§. 1. I. quib. alien. lic. vel non l. 75. d. iur. dot.* et rei vindicationem habet; *l. 9. C. d. R. V.* aſt 2) ceterorum bonorum proprietatem retinet vxor, vt ne quidem maritus vſumfructum eorum ſibi vindicare queat, niſi ex vxoris conceſſione expreſſa vel tacita, *l. 8. l. 11. C. de pact. conu. tam. ſup. dot.* quæ omnia cum communione bonorum pugnant, nec ob diuortiorum facilitatem ea admitti potuit. HEESER *de commun. bonor. P. 2. loc. 7. n. 9. ſqq.* Aſt Germani coniuges omnimodam ab antiquis temporibus per matrimonium iniere communionem, cuius veſtigia paſſim adhuc ſuperſunt, quamuis iuris Romani receptio inſignem ei intulerit cladem, vt in quibusdam locis quidem ea illibata relicta; in quibusdam admodum reſtricta et cum placitis Romanorum commixta vel potius inde corrupta; denique in aliis plane abolita fuerit, retentis tantum quibusdam ex antiqua communione effectibus. Confuſio

Quod communionem bonorum inter coniuges introduxit.

fusio hæc vnice iuris interpretibus debetur, qui iuris patrii principia vel ignorarunt, vel neglexerunt, soli iuris Romani scientiæ et applicationi incumbentes, et mores antiquos patriæ ex hoc interpretari conantes, quorum tamen diuersissima fuit ratio. Solida *in Marchia* communionis bonorum adhuc supersunt vestigia, quæ, antequam iuris Romani vlla esset veneratio, pura, in confesso, nec illius iuris extranei admixtione turbata erat. Miserrimam postea et laceratam accepit faciem, postquam iuris Romani consultorum interpretatione corrupta et deprauata est, vt vel KOHLII tr. *de success. coniug.* docet. Inde male cohærens traditio orta; inter coniuges non esse communionem bonorum, quamdiu viuunt; eam tamen vel reuiuiscere vel resurgere vno coniugum decedente, quo nihil ab omni iuris ratione alienius dici potest. Inde doctrina de *vsufructu statutario* materno natales suos accepit, quam HARPRECHTVS peculiari tractatu illustrat, qui non tam vsusfructus, quam effectus *communionis antiquæ bonorum* inter coniuges est, quippe quæ ius percipiendi commoda ex bonis communibus præbet, contra scita Romanorum inter coniuges constituta. Denique statutariæ successiones coniugum in genere inde originem traxere, quæ vbique fere supersunt, nec tam *successiones* sunt, quia ex communibus coniugum bonis fiunt, quam *diuisiones* rerum communium, quarum communionem tamen rursus inter coniuges agnoscere nolunt.

Vnde confusio vtriusque iuris in multis locis orta.

§. XVII. In *iure Saxonico prou. lib.* 1. *art.* 31. communionis huius antiquæ fit mentio his verbis: Mann und Weib haben nicht gezweiet Guth zu ihren Leibe. Et paulo post: Kein Weib mag auch ihres Guths nichts vergeben, ohne ihres Mannes Willen, daß er es durch recht leiden dürffte.

Illustratur communio bonorum connubialis ex iure Germanico.

Wann ein Mann ein Weib nimmet, so nimmet er sie in sein Gewehr, und alles ihr Guth zu rechter Vormundschafft. Inde Germanis antiquis diuisio bonorum in *dotalia* et *paraphernalia* incognita; *neque dotem*, vt ait TACITVS *de morib. German. vxor marito offerebat;* interim *ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonebatur, venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace idem in prœlio passuram ausuramque, hoc iuncti boues, hoc paratus equus, hoc data arma denunciabant.* His verbis non obscure antiqua *communionis* vestigia exprimuntur, quæ magis magisque exculta est, postquam bonis abundare cœperunt Germani. Nec hæc vbique per iuris Romani introductionem aboleri potuit, sed inprimis in Belgio vsum sincerum retinuit teste ABRAHAMO a WESEL *de connub. bonor. societ. tr. I. n. 6. sqq.* De regnis Galliæ, Hispaniæ, Siciliæ, Arragoniæ aliisque iidem testantur scriptores adducti a LAVTERBACHIO *de societ. bonor. coniug. c. 2. §. 7.* qui etiam præterea *c. I. §. 5. et 6.* de variis Germaniæ prouinciis et vrbibus idem obseruat. Etenim non tantum Saxones antiquitus hoc vsi sunt iure, sed etiam Alemanni, teste *Sueuic. specul. c. 46.* ein Weib mag ihres Guths nicht hingeben ohne des Mannes Willen, noch ein Mann ohne seines Weibes Willen, quæ conclusio ex *communione bonorum* deriuata est. Conf. Dn. a LVDEWIG *de dot. et donat. propt. nupt. diff. 7. p. 21.* Est autem hæc communio non vbique eadem, sed in quibusdam locis est *absoluta* et *omnimoda*, in aliis tantum *secundum quid*, qua quidem etiam omnia bona quodammodo in commune conferuntur, sed vere et plene ea tantum communicantur, quæ quæstu artificio vel opera sociorum communi, durch die Errungenschafft, vti vocatur, acquiruntur, tradentibus LAVTERBACHIO *cit. l. c. I. §. 5. 6.* et L. B. de LYNCKER *de acqui-*

qua in quibusdam locis est absoluta alibi secundum quid.

acquisit. coniug. In *statuto Francofurd. P. 5. tit. 5. art. 2.* sub his denotantur diejenige Güther, so zwey Eheleuthe in stehender Ehe bey einander, es sey durch eines oder sie beyde, mit ihren mühsahmen Fleiß, guter getreulicher Haußhaltung und fürsichtiger Geschicklichkeit über dasjenige, so sie Beyderseits zusammen gebracht, durch den Seegen Gottes erobern, und an sich bringen. Quid iure *Lubecensi* obtineat, docet MEVIVS *ad lib. I. tit. 5. art. 5. n. 21. sqq.* obseruatque, eam quodammodo irregularem esse, quod admixtioni quarundam conclusionum ex iure Romano, a quo statuentes non abstinuere, attribuendum est.

Communionis huius ratio secundum ius Hamburgense.

§. XVIII. Iure Hamburgensi communionem bonorum inter coniuges seruatam fuisse, multa docent. Etenim (I) vxoris bona quoque pro debitis mariti tenent atque obligata sunt: *P. II. stat. tit. 5. art. 10.* et *tit. 11. art. 13.* (II) defuncto vno coniugum extantibus liberis, fallen alle Erb und Güther auf den längstlebenden und ihre sämtliche Kinder; *P. III. tit. 3. art. 1.* vbi per vocem alle Erb und Güther sine dubio *communia* denotantur, cum alias dici debuisset: alle seine Erb und Güther, quod et communio bonorum, alibi denotata, suadet. (III) Mortua vxore, non tenetur maritus *diuidere* bona cum liberis per *art. 3. cit. l.* id quod rursus arguit communionem. (IV) Pater ad secunda vota transiens, obligatur zur gebührlichen Abtheilung mit seinen Kindern, quae separatio rursus per diuisionem rerum communium instituitur. *P. III. tit. 3. art. 4.* (V) Mortuo marito, relicta vidua cum liberis in bonorum communione relinquenda, nec ad diuisionem cogi potest, so lange dieselbe bleibet unverehliget, und wohl hauß hält, vt dicitur *art. 5. cit. l.* liberi enim in ius defuncti patris succedunt, et ita cum

cum matre in communionem bonorum incidunt. (VI) Vbi ad secunda vota transit, a communione recedere cogitur divisione instituta iuxta *art. 6. cit. l.* (VII) Defuncta vxore sine liberis, ante omnia deducendum æs alienum ex communibus bonis **von den sammenden Guthe**, vt dicitur *art. 8. cit. l.* de reliqua substantia marito obueniunt duæ tertiæ, et vxoris consanguineis vna: marito mortuo, liberis nullis relictis, itidem ante omnia æs alienum ex bonis communibus, **von den vollen gemeinen Guthe**, vt *cit. art.* dicitur, soluendum, dimidia ex reliquo vxori, et altera dimidia mariti cognatis assignata.

A qua tamen receditur per pacta dotalia

§. XIX. Quamuis vero hæc ita sese habeant, non tamen omnis vsus iuris Romani in patria mea cessat, qui potissimum in *dotis* determinatione per *pacta dotalia* consistit. Postquam enim ius Romanum in fora passim penetrauit, inde factum est, vt etiam in causis matrimonialibus vsus eius toleratus fuerit ex voluntate contrahentium, quod etiam in aliis locis, in quibus bonorum communio inter coniuges ex iure antiquo viget, factum esse liquet. Aut enim matrimonium contrahitur sine vllis pactis, aut his initis. Priori casu, quem vocant **eine unverdingte Ehe**, in iure patrio subsistitur, et secundum *bonorum communionem* iudicatur. In hanc enim ipso iure incidunt, vt iure Germanico olim nullis opus fuerit pactis. Ceterum si pacta dotalia iniuerint, constituta dote et dotalitio cum donatione propter nuptias, recessere coniuges a iure patriæ, nec in communionem bonorum incidunt, sed secundum tramitem iuris Romani coniugium, quod **eine bedungene Ehe** vocant, inierunt. Hoc disertis verbis cautum in *Stat. Hamb. P. 2. tit. 11. art. 11.* **Wenn Ehezärter zwischen Eheleuthen seyn aufgerichtet, und von**

et iuri communi sese submittunt.

von dem, die zur Verpflichtung dazu erfordert, seyn vollenzogen, untergeschrieben und versiegelt, so wird auch billig nach des einen oder andern Absterben, sowohl zweyten den nachgelassenen Ehe-Manne oder seiner Wittwen und den Kindern, die sowohl aus der ersten andern und dritten Ehe gebohren, die Theilung nach dem aufgerichteten Ehezärtern billig gehalten, und seyn sowohl der eine, alß der ander darnach sich zu richten schuldig, und ist damit der Wittwen die Wahl zu den Stadt-Rechte oder derer Ehezärtern sich zu ziehen, hiermit benommen, sondern nur dieselbe die Ehezärter folgen. Qua de causa necesse est, vt de vtriusque generis matrimonio hic agamus, atque inquiramus, quid obtineat in casu commissi *adulterii*.

§. XX. In primo genere matrimonii, quod *simpliciter* sine vllis pactis contractum, hac de causa maiores nostri ita *P. 3. tit. 3. art. 11.* edixerunt: Ein Weib, so ihren Mann bey seinen Leben untreu geworden und solcher Unthat gnugsam überzeuget, hat nach Absterben des Mannes aus den Güthern mehr nichts zu fordern, denn was etwa derselbe ihr aus guten Willen gegeben und verordnet. Da sie aber gäntzlich vorbey gegangen, sollen ihr gleichwohl ziemliche alimenta gereichet werden. Verba huius Statuti generaliter indicant, vxorem adulteram priuandam esse *successione statutaria*, alias ex bonis communibus debita. Qua de causa, cum alias, nullis extantibus liberis, dimidia bonorum omnium potiri potuisset, per adulterium hoc lucro priuatur, exceptis *alimentis*, vel iis quae maritus in testamento ex libera voluntate assignauit. Iuri canonico hoc quoque esse conforme et in obseruantiam eo magis deductum palam est. Etenim in *c. 10. X. de consuet.* pontifici quaestio fuit proposita de

Iure Hamburg. amittit adultera portionem statutariam

et iure canonico.

de consuetudine quadam in Gallia Rupellis obtinente, *quod si vir ducat vxorem, quae fide coniugii violata committat adulterium, nihilominus medietatem omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus, impudenter exigat et improbe apprehendat, quae potius priuanda esset omnibus viri bonis.* Liquet ex his verbis, communionem bonorum *secundum quid* inter coniuges Rupellis obtinuisse, vt scilicet ex acquaestu coniugali altera dimidia marito, altera vxori obueniret. Conueniens haec consuetudo fuit antiquis Legibus, quandoquidem in *LL. Ripuar. tit. 37. c. 2.* ita cautum fuit: *si per seriem scripturarum ei nihil contulerit* (vxor), *si virum superuixit, quinquaginta solidos in dotem recipiat*, et *tertiam partem de omni re, quam simul conlaborauerint, sibi studeat euindicare* etc. In *capitular. lib. IV. c. 9.* apud BALVZ. *tom. I. p. 776.* Gallorum consuetudo itidem corroboratur his verbis: *volumus, vt vxores defunctorum post obitum maritorum tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio conlaborauerunt, accipiant. Et de his rebus, quas is, qui illud beneficium habuit, aliunde adduxit vel comparauit, vel ei ab amicis suis conlatum est, has volumus tam ad orphanos defunctorum, quam ad vxores eorum pertinere.* Secundum huius capituli verba praeter tertiam ex acquaestu coniugali, etiam de aliis bonis mariti partem capit. Quaerebatur ergo, quid iuris, an consuetudo talis probanda, vigore cuius etiam adulterae illam partem sibi vindicant? Negat hoc pontifex respondetque, neminem teneri ad consuetudinem hanc obseruandam, et consequenter constituit, vxorem eo lucro priuandam esse, quod alias ex communibus bonis ipsi praestandum esset. Eandem consuetudinem, quam improbat pontifex, olim in Germania obtinuisse probabile videtur ex *iure Sax. prou. lib. 1. art. 5.* ein Weib mag mit Unkeuschheit

ihres

ihres Leibes ihre weibliche Ehre kräncken, ihr Recht verleust sie aber damit nicht, noch ihr Erbe. Enimuero ſicuti in antecedentibus de ſucceſſione filiorum in geradam, et reliqua bona hereditaria actum fuit, ita non de adulteris, ſed de feminis ſolutis ibi agitur, obſeruante etiam CARPZOVIO *in pr. crim. P. 2. qu. 64. n. 17.* quæ licet ſtupro ſeſe maculauerint, ius ſuccedendi tamen non amittunt. In adulteras ſeueriores antiqui Germani fuere. *Pauciſſima*, ait TACITVS *de morib. German. in tam numeroſa gente adulteria, quorum pœna præſens et maritis permiſſa. Acciſis crinibus nudatam coram propinquis expellit domo maritus, ac per omnem vicum verbere agit, publicatæ enim pudicitiæ nulla venia.* Quæ *nudata* expellebatur domo mariti, nihil ex rebus eius vel acquæſtu coniugali ſibi vindicare poterat, vnde admodum probabile redditur, vxores adulteras nihil ex rebus communibus ſibi vindicare potuiſſe, quod multo magis in foris corroboratum eſt, ex quo ius canonicum contrariam conſuetudinem damnauerit. Hac de cauſa interpretes generaliter vno ore tradunt, adulteram etiam *lucro ſtatutario* priuandam eſſe. CARPZ. *cit. l. n. 32.* BERLICH. *P. IV. concl. 29. n. 22.* COLERVS *P. 1. deciſ. 176.* SANDE *lib. 2. tit. 5. def. 7.* HEESER *de commun. bonor. P. II. loc. 16. n. 321. et 355.* MEV. *ad ius Lub. P. 2. tit. 2. art. 12. n. 408.*

denique generaliter ſecundum ius antiquum Germanicum.

§. XXI. Loquitur (1) ſtatutum noſtrum de *vxore adultera* per verba initialia: ein Weib, ſo ihren Manne bey ſeinen Leben untreu geworden ꝛc. Quid ergo de *marito* adultero dicendum eſt, an hic quoque portione ſua ex ſtatuto debita priuandus eſt? Equidem conſtat, 1) antiquitus idem ius vxorem in maritum exercere non potuiſſe, quod huic in illam conceſſum; nam licet maritus *nudatam* domo

Idem quoque de marito adultero dicendum.

 expel-

expellere poterat, non tamen idem vxori concessum erat in maritum adulterum. 2) Ius canonicum quoque in *c. 10. X. de consuet.* tantum de *adultera* loquitur, eamque successione statutaria priuandam esse decernit, de *adultero* autem nihil additur; forsan quod maior castitas in feminis quam masculis desideretur. 3) Agitur hic de *priuatione* iuris magni momenti, quæ odiosa censetur, in qua non facile de vno casu ad alium facienda et permittenda est extensio. HARTM. PISTORIS *obs. 214. n. 4.* His vero non obstantibus, sententiam contrariam præferendam esse arbitror, vt vxor hodie eodem iure erga *maritum adulterum* vti possit, quod huic in *adulteram* datum est, cum quod vni iustum alteri quoque iustum esse debeat. Etenim 1) iam fusius supra demonstratum est, secundum *ius commune* vtrinque pœnam *priuationis* locum habuisse, quæ ex hoc primum ad *ius canonicum*, et ab hoc ad iura patriæ tracta est. 2) Etiam *ius canonicum* tantum de *vxore adultera* loquitur in *c. 4. X. de donat. inter vir. et vxor.* nihilominus tamen etiam eundem textum ad maritum adulterum extendendum, et de eo accipiendum esse, supra euictum est. 3) Fundamentum quoque vtrobique idem, *adulterium* scilicet, vnde pœna priuationis nascitur, adeoque vxor et maritus paribus iuribus vti debent, vt recte censet BESOLD. *vol. III. conf. 110. n. 174.* et latius probat GOEDDEVS *in conf. Marpurg. vol. III. conf. 28. n. 184.* Conf. *vol. I. conf. Argentor. 74. n. 51. sq.* 4) In hac *priuationis* pœna proprie non fit extensio de casu ad casum, sed ex *communi iure*, cum quo conspirat, trahitur explicatio, adeoque quamuis 5) tantum statutum de sola *vxore* loquatur, non tamen loqui videtur *exclusiue*, quia *ius communi* reuera tantum repetit, nihil vero noui iuris inducit. Conf. CARPZOV. *in pr. crim. qu. 64. n. 40. sq.*

§. XXII.

§. XXII. Requiritur vero (I) *adulterium*, viuente coniuge, commissum. Si, mortuo marito, vidua sese stupro polluat, adultera non est, nec successione hac priuari potest, prout iam supra *§. 8. huius capitis* euictum. Vnde diserte in statuto dicitur: **Die ihren Manne bey seinen Leben untreu worden.** Maior ratio dubitandi est, vtrum etiam (II) *diuortium* hoc casu desideretur, cuius nulla in verbis adductis mentio iniicitur. Quin enim iure nostro Hamburgensi diuortium hoc casu locum habere queat, docet *stat. P. II. tit. 11. art. 8.* vbi duæ tantum diuortii *proprie dicti* causæ probantur, **Trennung oder Scheidung der Ehe wird nicht zugelassen, es sey denn, daß der eine an dem andern ehebrüchig worden, ⸗ ⸗ ⸗ oder daß der eine an dem andern treuloß würde, und denselben verlassen hätte.** Præterea etiam *P. IV. tit. 29. art. 29.* pœna criminalis hoc euincit, quia vxor adultera, quam maritus in thorum suum recipere recusat, fustigata relegatur; maritus vero prima vice poena pecuniaria quidem, sed secunda vice relegatione punitur; non tamen dubium est, quin prima vice quoque vxor diuortium petere possit. Diuortio ergo decreto, nocens ex bonis communibus nihil petere potest, quæ innocenti relinquenda, quod ratio statuti *P. 3. tit. 3. art. 11.* suadet. Enimuero quia statutum non desiderat *diuortium*, quin potius, vt verba indicant, supponit, diuortium non esse factum, maior difficultas emergit, qua ratione hæc pœna priuationis concipi queat. Omnes vtique circumstantiæ adductæ demonstrant, de casu *diuortii non facti* statutum accipiendum esse. Primo enim supponit, maritum esse *in matrimonio* mortuum, quoniam de eo disquiritur, vtrum vxor adultera post mortem mariti ex bonis communibus quid petere possit? Deinde id tantum vxori assignatur, **was etwa der Mann ihr aus guten**

Modo adulterium viuente coniuge commissum,

diuortium vero non præcise desideratur.

 Willen

Willen gegeben und verordnet, id quod de testamento accipiendum est; vix autem probabile est, maritum post repudium vxori aliquid relicturum esse in testamento, adeoque de eo casu verba statuti accipi non possunt. Denique si maritus ei nihil in testamento assignauerit, duntaxat alimenta illi debentur. Quis autem diceret, alimenta deberi vxori post diuortium, postquam matrimonium penitus solutum est.

Nulla tamen facta reconciliatione.

§. XXIII. His rationibus inductus concludo, verba statuti adducta potius de casu intelligenda esse, quo *diuortium* haud factum est, quia tunc nec ob adulterium relegatur. Hoc vero rursus duplici modo intelligi potest tum de casu, quo cum vxore maritus reconciliatus est, tum etiam, quo ab omni cohabitatione abstinuit, quamuis interim domo vxorem haud expulerit, semper tamen exulceratam præ se ferens mentem, apud quam reposta mansit iniuria illata. Posteriori casu sine dubio vxor, marito mortuo, successione statutaria priuatur, nihilque ex bonis communibus capit, quod rationes supra adductæ euincunt, quæ etiam heredibus largiuntur *exceptionem adulterii commissi*, quin etiam idem ex *cit. c. 10. de consuet.* constat. Maior ratio dubitandi est in casu *reconciliationis* factæ, et per *cohabitationem* confirmatæ, vtrum etiam tunc lucro hoc statutario priuari queat? Equidem 1) pontifex in *cit. c. 10.* indistincte denegat vxori adulteræ medietatem bonorum seu acquæstus coniugalis, nec de *reconciliatione negata* aliquid adiungit; et quamuis 2) in *c. 4. X. de donat. int. vir. et vx.* eius mentionem faciat, id tamen duntaxat restringendum esse videtur ad casum, quo *dote* sua priuanda est coniux, dum in *c. 10. cit.* agitur de lucro, ex bonis mariti seu eius acquæstu acquirendo, quo se indignam reddidit adultera. Nec 3) verba statuti nostri

huius

huius circumſtantiæ mentionem fecerunt, ſed ſimpliciter vxorem adulteram ab omni ſucceſſione arcuerunt. Enimuero ratio iuris non patitur, vt in hanc ſententiam tranſitum faciam. Qui adulteræ ignouit, qui iniuriam ſibi per adulterium illatam remiſit, eique vt vxori ſuæ rurſus cohabitauit, non poteſt in poſterum vllam in eam vindictam exercere, adeoque nec penitus eam a ſucceſſione excludere, aut tantum aliquid loco alimentorum aſſignare. Incompatibilia ſunt, gratiam facere delicti commiſſi, et tamen adhuc pœnam, delicto impoſitam, exercere velle. Qua de cauſa cum iure communi ſemper exceptio factæ *reconciliationis* priuationi dotis et dotalitii opponatur, eamque excludat, per *c. 4. X. de donat. int. vir. et vx.* ſtatutum quoque noſtrum ex hoc iure explicandum et ita accipiendum, vt, quantum fieri poteſt, cum eo conſpiret. Reconciliatione enim facta vxor et *dotem* retinet, quæ ad patrimonium eius ſpectat, et *dotalitium* petit, quod lucrum ex bonis mariti continet. Quidni idem dicendum foret in caſu, quo ex communibus bonis quid lucratur? His enim inſunt et bona vxoris propria, et quicquid per maritum acquiſitum eſt, adeoque loco *illatorum* et *dotalitii* certam partem ex bonis communibus capit. Neque arbitror, pontificem in *c. 10. X. de conſuet.* hanc exceptionem excludere voluiſſe, cum conſuetudo improba, barbara, aut irrationabilis dici non poſſit, qua poſt *reconciliationem* intercedentem vxor medietatem acquæſtus coniugalis capit; ſed ea demum reprobanda et damnanda, qua vxor, nulla reconciliatione facta, eam petit, quia ſic demum eam *impudenter* exigit vel *improbe* apprehendit, id quod expreſſe in *cit. c. 10.* adiicitur. Proinde hic commode omnia applicari poſſunt, quæ de *iure heredum* in opponenda exceptione *adulterii* dicta fuere.

§. XXIV.

Sufficit vero etiam probatio adulterii praesumtiua.

§. XXIV. Id vero (III) euidentius desideratur, *vt de adulterio vxor sufficienter fuerit conuicta*, und solcher Unthat gnugsam überzeuget, vt sonant verba statuti nostri. Annon ergo iure Hamburgensi ad hunc effectum sufficit *adulterium praesumtum?* Cardo controuersiae in eo latitat, vtrum *sufficienter conuicta* dici possit, quae violentis et grauissimis indiciis de adulterio commisso grauata est, quae supra sunt adducta? Quod omnino asserendum esse arbitror. Etenim cum nihil noui statutum nostrum constituat, sed ius commune duntaxat repetat, inde quoque eius interpretationem faciendam esse palam est. Cum vero in materia *diuortii* talis probatio per violenta et grauissima indicia in *c. 12. X. de praesumt.* sufficiens iudicata sit, quis crederet, statuentes eam admittere noluisse, et postulasse, vt consummatio adulterii *legitime* et *plene* probata fuerit? Semper verba indefinite posita pro substrata materia interpretanda sunt, et ita quoque particula gnugsam in sensu ciuili accipienda, vt satis probatio sufficiat, quam ius commune, vbi ciuiliter agitur, pro *sufficiente* habet, id quod supra talis euictum esse credo.

Effectus huius priuationis.

§. XXV. Amittit vero adultera, vt dictum est, portionem ex communibus bonis debitam. Proinde (I) quamvis alias mortuo marito bonis communibus cum liberis incumbat, indeque omnia commoda percipiat, praestitis liberis alimentis ad educationem necessariis, iuxta *P. 3. tit. 3. art. 5.* (in quo communiter *vsumfructum maternum statutarium* constituunt, vti peculiari tractatu docuit HARPRECHT, minus commode tamen, cum non tam *vsusfructus* in sensu iuris Romani, quam effectus *communionis*, cum liberis continuandae, sit) his commodis tamen priuatur, quia nec ius amplius

amplius in bonis communibus retinet, exceptis alimentis, in *art. 11. cit. l.* ipsi reseruatis. vid. HARPRECHT *cit. l. p. 173. §. 3.* Ipsa alimenta vero arbitrio iudicis determinanda sunt, quod indicant verba, **ziemliche** alimenta, quæ cum definita non sint, a iudice pro qualitate bonorum definienda sunt. (II) Portione sua, ipsi debita ex bonis communibus, priuatur, et ita etiam bonis propriis, quæ in domum mariti intulit, spoliatur, quippe quæ per matrimonium communia facta fuere, vt indicant verba statuti: **hat nach Absterben des Mannes aus den Güthern mehr nicht zu fordern** ꝛc. Quin enim per verba: **aus den Güthern**, communia vtriusque coniugis bona intelligantur, dubium vix habet. Inde vero prout supra iam obseruaui, a quibusdam interpretibus quæstio de *paraphernalium amissione* mota fuit, cum viderint, secundum mores plurimorum locorum vxorem adulteram priuari quibuscunque bonis propriis, quæ tamen, stante bonorum communione, nec *dotalia* nec *paraphernalia*, sed *communia* sunt, adeoque hæc quæstio ex mixtura diuersi iuris, et ita sine iudicio, enata est. Ipse quidem CARPZOV. *in pr. crim. qu. 64. n. 19.* recte constituit, secundum ius ciuile paraphernalia vxori integra et illibata manere; mox tamen *n. 28.* addit: *Quicquid tamen sit de iure ciuili, in foro Saxonico, maritum vna cum vxoris adulteræ dote, bona etiam eiusdem paraphernalia lucrari intrepide affirmo*, quod eorum vsumfructum maritus habeat. Iam alii animaduerterunt, in Saxonia communionem bonorum, iure Saxon. prouinciali agnitam, retentam, sed ab interpretibus, solis iuris Romani scitis fere imbutis, ita corruptam esse, vt principia peregrina, et a *communione* abhorrentia, ad eam traduxerint, et ita male cohærentem iuris prudentiam in praxi efformauerint. Vbi enim sunt *paraphernalia*,

vbi adeſt communio vel eius effectus? vſusfructus, quem vocant, eſt inſignis et præcipuus illius effectus, nec tam vſusfructus, quam ius percipiendi commoda ex bonis communibus. Hac ſtante ergo hypotheſi non potuit non vxor priuari hiſce bonis, id quod *communioni antiquæ* attribuendum eſt.

Pactis dotalibus initis ius commune ſimpliciter attenditur.

§. XXVI. Progredior ad alterum membrum, quando, dote et donatione propter nuptias vtrinque conſtitutis, pacta dotalia inita ſunt inter coniuges, quo caſu eosdem a communione bonorum receſſiſſe, et diſpoſitioni iuris communis ſeſe ſubieciſſe, iam ſupra §. *XIX.* obſeruaui, quod etiam plenius euictum eſt in diſſert. *de pactis dotalib. Hamburg.* ſub præſidio THOMASII a B. Dn. ANCKELMANNO habita. Hoc poſito, in pœna *diſcidii* vel *adulterii* decernenda in patria mea ad *cit. art. 11.* quem in antecedentibus explicui, prouocari nequit, ſed vnice in *iuris communis* diſpoſitione ſupra tradita et illuſtrata, ſubſiſtendum, prout etiam in *cit. diſput. ſect. 2. circa finem* obſeruatum eſt. Quocirca melior hoc caſu adulteræ eſt conditio, quia paraphernalia ſibi conſeruat, dote tantum amiſſa, aliisque lucris, pacto ex bonis mariti debitis. Inde tandem concludo, doctrinam tum *iuris communis*, tum iuris *antiqui Germanici*, pro diuerſa matrimoniorum ratione, quoad priuationem lucrorum dotalium aliorumque ex ſtatuto debitorum in foris Hamburgenſibus vſum habere inſignem.

EXER-

EXERCITATIO LXXIV.

AD LIB. XXVIII. PAND. TIT. I.

DE TESTAMENTIS MVLIERVM.

PROOEMIVM.

Teſtamenta antiquiſſimis temporibus homines ignoraſſe, veritati ita conſentaneum videtur, vt vix vlla de eo dubitandi ratio ſuperſit. Erant veterum res anguſtæ domi, neutiquam vero ita comparatæ, vt eis poſſet aliorum vel inuidia valde excitari, vel habendi amor. Ceſſabat cum opibus auaritia, ac tenue patrimonium (a) parentum tutam liberis ſucceſſionem præſtabat. Hanc illi occupabant non magis iure *ſanguinis*, quo defuncto iuncti erant,

(a) Hunc viuendi vſum, paucis contentum, tribuunt poetæ aureo ſeculo, SATVRNO regnante,

cum frigida paruas
Præberet ſpelunca domus, ignemque laremque
Et pecus et dominos communi clauderet vmbra.
Syluestrem montana torum cum ſtrueret vxor
Frondibus et culmo vicinarumque ferarum
Pellibus.

ecu canit IVVENALIS *lib. II. ſat. 6. ab init.* additque, vxores nullum ornatum adhibuiſſe:

Et ſæpe horridior glandem ructante marito;
Quippe aliter tunc orbe nouo cæloque recenti
Viuebant homines.

Glande victitaſſe veteres deſignat Poeta, quod etiam TIBVLLVS cenſuit *lib. II. eleg. 3.*

Glans alat et priſco more bibantur aqua.

Glans aluit veteres

qua appellatione fructus qualeſcunque poſtea denotati ſunt.

erant, quam quia ſuis vtplurimum operis adiuuerant patrem res hereditarias acquirentem, nec minori illas ſtudio cuſtodiuerant hactenus. Quare non valde mirandum eſt, ſi nulla in antiquiſſimis libris vltimarum voluntatum veſtigia deprehendantur, quas forte omnes olim populi ignorarunt et quarum adinuentionem propitium, an iratum numen? (dubium enim eſt) poſterioribus mundi ætatibus reſeruauit. Namque tam abſonum olim fuiſſet in tanta hominum paupertate, rebus tam exigui pretii, plurimas leges in caſum mortis velle dicere, quam improbum, heredes liberos et propinquos hiſce defraudare, quæ proprio quodammodo iure iam videbantur eorum eſſe. Nec auctis hominum opibus teſtamentorum vſus ſtatim apud gentes inualuit, ſed acquiſita in gente, vel vna domo eidem relinquenda eſſe cenſuerunt, æque vt olim Germanis in more poſitum fuit teſte TACITO *de mor. Germ. c. 20.* His perpenſis, ſententia non adeo dubia proferri poterit de libro, quem olim circumtulerunt, et cui titulus dicitur fuiſſe TESTAMENTVM IACOB; GELASIVS papa *(b)* eum partum ſuppoſititium eſſe iam olim iudicauit, neque in præſentiarum me valde moratur, cum, quas continuerit nænias, hodie ignoretur. Interim ſi patres, grauioribus ducti rationibus, æquali liberos iure nollent ſuccedere, vel id iniquum fore crederent, bona inter heredes ſuos, dum viuebant adhuc, ipſi diuidebant, ad amputandam diſcordiarum et litium occaſionem

(*b*) Vid. *c. 3. D. XV.* Legitur quidem in ipſo concilio, vnde hic canon deſumtus eſt, ap. HARDVINVM *collect. concil. tom. II. pag.* 941. non: *Iacob*, vti in vulgatis editionibus corporis iuris canonici, ſed: *Iob*; huic vltimo tamen attribuere teſtamentum, æque ineptum eſt, ac priori. Pari fabula teſtamentum Noacho attribuitur, in quo totum orbem inter liberos diuiſiſſe fertur, SELDENO obſeruante *de ſucceſſ. in bona defunctorum c. XXIV.*

nem post mortem suam. Sic ABRAHAMVM liberis Keduræ, coniugis suæ post Saræ obitum, hereditatis loco partem bonorum aliquam dedisse, MOSES refert, *Genes. XXV. 6.* reliquis bonis Isaaco reseruatis. (*c*) Idem quoque IACOBI patriarchæ exemplum euincit, *Genes. XLVIII. 22. Ioh. IV. 5.* Iosepho filio aliquam regiunculam donantis, in Canaan sitam, quæ ad istum inter cæteros fratres præcipui iure pertinere debuit. Neminem adeo præiudicio occœcatum fore credo, vt hæc adducta exempla in testamentorum classem conjicere velit, qualia multo serius apud quosdam Græciæ populos in vsu fuisse legimus, et Romanos veteres quoque; posset enim alioquin eadem verisimilitudine adstrui, baculum, quo Balaamus asinam suam castigauit, pedum pastorale fuisse, imo hodiernos episcopos illud inde accepisse. Coluerunt autem Græci testamenta, quod tam ex LYSIA *orat. XXXIII. aduersus Diogitonem p. 535. edit.* VANDERHEIDII, quam plurimis aliis vetustis scriptoribus patet. Inprimis huc pertinet ISOCRATIS *Aegineticus*, cui scribendo caussam testamentum dederat a sorore testatoris defuncti impugnatum, hoc autem libello egregie defensum. (*d*) Romani Græcos videntur secuti, idque diu ante, quam XII. Tabb. promulgarunt decemuiri; quamuis post hæc demum tempora Romæ testamenta (*Attica* vocant) inualuisse, crediderit DESIDER. HERALDVS *Rer. quotid. cap. vlt. §. 4. et 9.* merito ob id notatus ab Ill. HEINECCIO in *antiquit. Roman.*

(*c*) Quod etiam obseruauit B. THOMASIVS *de orig. success. testament.* §. 30. et recte censuit, tantum *translationem inter viuos* ab Abrahamo peractam fuisse.

(*d*) Alia, quibus hoc argumentum illustrari et exornari posset, iam congessit THOMAS. *cit. l. §. 34. seqq.*

Roman. lib. II. tit. X. §. 1. pag. 503. edit. Argentor. nouiss. Longe enim prius, quam vrbs Roma conderetur, Italicum solum *Pelasgicæ gentes* coluerunt, quibuscum et sacra sua et patrii mores in hasce regiones migrarunt. Græcos etiam Romanis intermixtos fuisse, vel TARQVINII PRISCI exemplo edocemur, qui patrem habuit Demaratum nomine, Corinthium quendam. Hinc verisimile est, innotuisse iura Græca Romæ statim sub initia vrbis, eaque primum per Græcos ibi confluentes adlata fuisse. *(e)* Testamentis novam formam LL. XII. Tabb. dederunt, quæ tamen neutiquam omnibus indiscriminatim testandi concesserunt facultatem. Mulieres enim olim testari, nefas creditum; qua de re in ipsa dissertatione mox plura dicam, cum de *testamentifactione mulierum* agere in animum induxerim meum. Equidem forsan non deerunt, qui, quod in hoc argumento versari constituerim, improbaturi sint; nec diffiteor, e pluribus, quæ in promtu fuerunt, me facile talem materiam conscribendæ dissertationi eligere potuisse, quæ minus infœcunda, magis tamen ad trituram forensem composita fuerit; nihilominus tamen medicorum sequi exemplum malui, qui sæpius etiam viliores vulgaresque herbas colligere ac in artis suæ vsus succum illarum solent conuertere. Neque vero hoc argumentum suo merito et pretio destituitur, cum ipsum ius Romanum obseruationes nobis suppeditet meditatione vlteriori dignas, et ius Germanicum æque modos in testamentis mulierum nobis suggerat, qui solutionem merentur sedula meditatione excolendam. Nihil enim in iu-

re

(e) Et sic etiam vsum testamentorum ap. Romanos scimus vel PLVTARCHO *in Coriolano* teste et asserente; eo tempore iam *in procinctu* condita fuisse testamenta.

re ciuili tantis tenebris inuolutum esse arbitror, quod lumine ideo illustrari atque ex antiquitatis ruinis protrahi non possit. Qua de re si euentus non vbique conatibus meis respondet, æquus tamen lector in his primitiis exponendis voluntatem non adspernabitur.

CAP. I.

DE TESTAMENTIS MVLIERVM EX IVRE CIVILI.

ARGVMENTVM.

I. Natales et progressus testamentorum. II. Quibus olim permissum facere testamenta. III. Testamenti factio quid? IV. Mulieri ius testandi olim negatum. V. Quatenus indultum sit. VI. Tutela mulierum. VII. Patroni legitima tutela in libertas. VIII. Feminæ sui iuris, et in tutela muliebri constitutæ, ius testandi datum. IX. Vtrum in scriptis testari potuerint? X. Ius nouius circa testamenta mulierum. XI. De quarta bonorum coniugi inopi relinquenda. XII. De ea coniux præmoriens testari nequit.

§. I.

In etymologia vocabuli, *testamentum*, scrutanda tempus hac occasione perdere non iuuat, quamuis alias etiam huiusmodi euolutio in iure singulare commodum nonnunquam habeat. Omnino displicet ea, quam SERVIVS SVL-

De testamentis ex LL. XII. Tabb. et testamento praetorio.

SVLPITIVS in scenam produxit apud A. GELLIVM in *N. A. lib. VI. c. 12.* illud compositum esse adfirmans a *mentis contestatione.* Verum iam a GELLIO irrisus (*f*) est, quamvis de cetero hic scriptor eum *viri aetatis suae doctissimi* encomio mactet. Nihilominus SERVIVS sequaces habuit VLPIANVM *tit. XX. §. 1.* et TRIBONIANVM *in Instit. tit. de testament. pr.* quanquam parum inde roboris opinioni eius accedat, quae fluxo ingenio magis, quam veritati debetur. Aeque facile enim dici potuisset, vocem hanc inde ortam fuisse, quod testimonio aliorum actus testandi indiguerit, ne defuncti voluntas alias, ob incertitudinem, exitu careret. Modestino interprete in *l. 1. D. de testament. testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, vel clarius: *quem post mortem heredem fieri velit.* Atque hoc olim *pacis tempore* non aliter Romae fieri potuit, nisi auctoritate populi interueniente in *comitiis calatis*, in quibus testari cupiens heredem suum nuncupare debuit, quod a legibus ordinem succedendi determinantibus recedere vellet testator, nouamque legem successionis constituere, vt obseruat HEINECCIVS *in lib. II. Antiquit. Roman. ad Instit. tit. X. et seqq. §. 2.* (*g*) Pleniorem potestatem condendi testamenta XII. Tabb. introduxerunt postea, quibus cautum fuisse legitur: PATER FAMILIAS VTI LEGASSIT SVPER FAMILIAE, PECVNIAE, TVTELAEVE SVAE REI, ITA IVS ESTO, quam legem

(*f*) Cuius propugnationem suscepit ante aliquot annos Dn. SENCKENBERG *de testamento publ. c. I. §. 1.*

(*g*) Vberius id declarat B. THOMAS. *in differt.*, cui titulum dedit: *prima initia successionis testam. apud Rom. §. X. seqq.* ostenditque, testamenta non habuisse valorem ex libero testatorum arbitrio, sed ex *auctoritate populi.*

legem recitant et exornant AVCTOR *ad Herenn. I. 13.* VLPIAN. *tit. XI. 14.* IACOB. GOTHOFREDVS *in fragment. XII. Tabb. ad Tab. V.*, et, qui inter primos nominandus eſt, Ill. HEINECCIVS in pereruditа diſſert. *de origine teſtamenti factionis §. 10.* Hac lege latiſſimam facultatem teſtandi ciuibus datam fuiſſe, indicat POMPONIVS *in l. 120. ff. de verb. ſignif. Verbis legis XII. Tabb. his: vti legaſſit rei ſuæ, ita ius eſto, latiſſima poteſtas tributa videtur et heredis inſtituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi:* quibus verbis non quidem origo teſtamentorum XII. Tabulis adſcribitur, bene tamen vſus eius, ab initio rarior, auctior redditus oſtenditur. Sed eam paulo poſt difficiliorem reddidit noua, extra comitia, teſtamentorum condendorum forma, quæ *per æs et libram* vocabantur, et *interpretatione ICtorum*, qua inter diſputationes fori *ius Ciuile* ſtricte enatum eſt, introducta ſunt, ita dicta, quod V. ciuibus Romanis maribus et libripende, præſentibus, familiæ emtori æque præſenti teſtator, nummo interueniente, bona ſua omnia vendebat et mancipabat, teſte VLPIANO *in fragment. tit. XX. §. 2.* conſ. *pr. Inſt. de teſtament.* ad quam etiam reſpexit CLEMENS ALEXAND. *lib. V. ſtromat.* laudatus ab HEINECCIO *c. l. §. 7.* qui etiam aurium attrectationis facit mentionem, in teſtamentis vſitatæ. *(b)* Quo vero

(*b*) Nam præter v. teſtes, familiæ emptorem et libripendem, in teſtamentis faciendis *anteſtatus* etiam adhibitus fuerit? quæſtio eſt, quæ pridem exercuit eruditos. Sed neque imperator §. 1. *Inſtit. de teſtam. ordinand.* neque VLPIANVS *tit. XX.* §. 2. eius faciunt mentionem; quod eo magis mirandum eſt, quo minus iſti in iure, ſuo tempore vſitato, ignorantiæ poſſunt accuſari. Verum liceat mihi meo periculo adſerere, *anteſtatum* in actu teſtandi non diuerſam a teſtatore perſonam fuiſſe. Vt ita credam, perſuadet ſolemnis formula, quam *nuncupationem teſtamenti*

vero tempore hi ritus testatoribus præscripti fuerint, id æque ignoratur ac illud, quisnam eos primus inuenerit. Fuerunt quidem, qui ex ipsis XII. Tabb. illum modum deriuandum esse putarunt, pluribus autem dubiis inuolutam, imo prorsus falsam esse hanc opinionem luculenter monstratum dedit iam nominatus vir illustris *c. l. §. 6. nota d.* Hoc interim verisimile videtur, ante *primum bellum punicum* istum iam inualuisse, hoc est, eo tempore, quo populus Romanus, æreis nummis contentus adhuc, argentum signatum in commerciis ignorabat. Auctor vero est PLINIVS *histor.*

ti dicebant, a testatore pronuncianda, cuius vltima verba sunt: ITAQVE, VOS QVIRITES, TESTIMONIVM PRAEBITOTE VLPIAN. *cit. l. §.* 9. CVIACIVS maluit legere PERHIBETOTE, non *prabitote*, idque ex APVLEII *lib. XI. de Asino aureo* probat. Nos inpræsentiarum non facimus nostram hanc litem; sufficit, quod modo prolatæ opinioni inde etiam aliqua fiat fides, quod PAVLVS *lib. III. sentent. tit. IV.* §. 4. scripserit: *cæcus testamentum potest facere, quia* ACCIRE *potest adhibitos testes;* si ergo testatori incubuit testium rogatio, *antestatus* separatim in actu testandi non magis fuisset necessarius, quam tunc, si quis alterum obtorto collo in ius raperet, quod licitum quidem fuerat olim, dummodo actor aliquem ex præsentibus in testem vocasset, quod faciebant tangendo eius auriculam ac dicendo: *licetne antestari?* Alludit ad hunc morem HORATIVS *lib. I. Satyr. IX. v.* 74. *seqq.*

- - - Casu venit obuius illi
Aduersarius. Et, quo tu turpissime magna
Exclamat voce: et LICET ANTESTARI? ego vero
Oppono auriculam. Rapit in ius: clamor vtrinque:
Vndique concursus.

Verum talis testium rogatio alias ad antestati spartam pertinebat, cuius hic personam ipse *testator* sustinebat; et tali ratione CLEMENS ALEXANDR. facili negotio cum ICtis nostris poterit conciliari, cuius verba alioquin de *aurium attrectatione* in testamentorum actu solemni, sensu omni destituerentur. Ipse SCHVLTINGIVS haut abnuere videtur, id quod *antestati* faciebant, per eos ipsos, inter quos res agebatur, potuisse perfici, *in iurisprud. anteiust. ad Caii lib. I. tit. VI.* §. 3. *p.* 58. cuius sententiam ideo sequor, cum aliam viam ex hisce difficultatibus eluctandi vix superesse putem.

ſtor. natural. lib. XXXIII. c. 3. nummos argenteos Romæ primum cuſos fuiſſe Q. Ogulnio Gallo, C. Fabio Pictore Coſſ. quorum conſulatus incidit in annum vrbis conditæ CCCCLXXXIV. ſecundum faſtos communes; neque LIVIVS ab hac ſententia recedit, qui in *epitom. lib. XV.* poſt bellum Tarentinum argento vti cœpiſſe Romanos ſcripſit, idem tempus ita cum PLINIO innuens; ſed tunc teſtamenta hæc iam in vſu fuiſſe, et nomen, et *ærei nummi*, in illis condendis adhibiti adhuc, demonſtrant. Interim illi minime a vero aberrare videntur, qui harum ſolemnitatum auctores *patricios* fuiſſe cenſent; hi enim, quum plebem Romanam legibus non poſſent opprimere, formulis et ceremoniis, in actibus legitimis et legis actionibus obſeruandis, id perficere ſtuduerunt; quarum cum nemo præter ipſos notitiam haberet, facile omnis iuris arbitros aliquamdiu ſe fecerunt. *Mancipationis* igitur ritu veteri et V. teſtium numero ex antiquiore iuriſprudentia huc translato atque præſcripto teſtamentis condendis, (*i*) formulam quoque ſolemnem effinxerunt, qua teſtatores vterentur: HAEC VTI IN HIS TABVLIS CERISVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM PRAEBITOTE; quam quidem cantilenam

(*i*) Iam diu ante XII. Tabb. hunc numerum teſtium ROMVLVS præſcripſerat, cum ageretur de partu monſtroſo exponendo, teſte DIONYSIO HALICARNASSEO *antiquit. lib. II. c.* 15. V. cl. ANTON. SCHVLTINGIVS *in iurisprud. anteiuſtin. not.* 23. *ad Caii lib. I. tit. VI.* §. 3. coniicit quoque, iſtum forſan ſeruatum fuiſſe in *mancipatione* quacunque, quam iure Decemuirali antiquiorem putat. Hoc ſi verum eſt, in procliui etiam ratio erit, quare tot minimum teſtes voluerint adeſſe, ſi quis teſtari cuperet; qui actus ſine *mancipationis* ritu tunc nunquam peragi poterat. VLPIAN. *in fragment. tit. XX.* §. 9.

nam *nuncupationem testamenti* vocarunt. VLPIAN. *tit. XX. §. 9.* Cum vero IDEM *cit. loc.* duas res hasce in testamento *per æs et libram* agi debere scripserit: nemo dubitare poterit, quin earum intermissione totus testandi actus nullius in iure momenti fuerit. Verum hoc genus testamentorum, vsus rarioris esse cœpit, ex quo prætores nihil amplius desiderarunt, quam vt tabulæ testamenti non minus septem testium signis essent firmatæ, ex quibus bonorum possessionem peterent. Grata hæc talia edicta fuisse plebi, quibus in testandi actu pluribus difficultatibus liberabantur, facile coniectari potest; simulque inde ratio patet, quare prætorum edictis in tantum fauerint, vt *iuris honorarii* ista venirent nomine, imo pari cum legibus auctoritate gauderent.

Qui testamenta facere olim potuerint?

§. II. FACVLTATEM testamenta condendi non omnibus ciuibus indistincte datam fuisse, noto notius est. Nam in XII. Tabb. *patresfamilias* nominantur tantum: qui alienæ potestati subiecti erant, ab hoc iure excludebantur. Igitur *filiifamilias* testari olim non poterant, quum propriis bonis destituerentur. Omnia enim, quæ ab extraneis acquirebant, non sibi, sed patri suo acquisiuisse, a nemine ignoratur, etiam qui vix sacris nostris initiatus est. Ex quo autem peculium castrense et quasi castrense, iure plenæ proprietatis, illis habere licuit, ex eo quidem tempore testamenti factio actiua eis data est in illis bonis, quæ occasione *militiæ* vel liberalium artium acquisiuerant, sed habebantur etiam horum intuitu pro *patribusfamilias*, saluo ita tenore XII. Tabb. vid. VLPIAN. *in fragm. tit. XX. §. 10.* et ibi SCHVLTINGIVS *princ. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. l. vlt. C. de inoffic. testam.* Quidam quoque, quamvis sui iuris sint, et sub appellatione *patrumfamilias* comprehen-

prehendantur, tamen ob alia impedimenta ad teſtandum admitti non potuerunt. Sic ob ætatem nimis teneram arceantur impuberes, qui adhuc in aliorum tutela ſunt, *l. 5. ff. h. t.* et furioſi *§. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. facere teſtam.* prodigi, *l. 12. §. 2. ff. de tut. dat.* ſurdi et muti, niſi in ſcriptis teſtari poſſint vel principis indulgentiam ad id impetrauerint. *l. 10. C. h. t. §. 3. Inſt. quib. non eſt etc. l. 6. §. 1. l. 7. ff. h. t.* Hiſce enumeratis perſonis plures addiderunt imperatores ſequiorum ſeculorum, vt damnatos criminis capitalis, quorum omnia bona fiſco auguſtali addixerunt *in l. 5. pr. C. ad L. Iul. maieſt.* De qua re autem valuiſſent teſtari, qui, cunctis facultatibus ſuis priuati, rapiebantur ad ſupplicium? Quod hodie reſtringi ſolet ad ea crimina, ob quæ adhuc confiſcatio bonorum *principaliter* dictatur. STRYK. *in V. M. ff. ad L. Iul. maieſt. §. 9.* V. cl. BOEHMER *in iurisprud. criminal. Sect. II. cap. V. §. 85.* conf. tamen ZIEGLER *de iure maieſt. lib. I. c. 2. §. 62. ſeqq.* quamuis ſæpe conſultum ſit, vt principes clementiæ ſuæ hic præbeant exemplum, ne horum liberi, ſine culpa ſua vel crimine infelices, aliena noxa plectantur, et in deſperationem adducti tandem coniurationes ſuſcipiant, quarum iugiter cauſſam egeſtatem fuiſſe nouimus, ARISTOT. *politicor. lib. V. c. 6.* idem ſentiente. Tandem etiam hæreticos et apoſtatas inteſtabilium claſſi iunxerunt. *l. 4. C. de hæret. l. 3. C. de apoſtat.* Factum hoc eſt tunc demum, ex quo myſterium iniquitatis reuelari cœpit, vndique prorumpente dominantis cleri ambitione; qui, quos argumentis ſuperare non poterant, imperio et pœnis in ſuam trahere ſententiam maluerunt. Sed leges iſtæ in Germanico imperio hodie inter tres publice approbatas religiones, quibus *hæreſeos* macula per approbationem hanc abſterſa eſt, quieſcere iuſſæ ſunt penitus et pro-

 ſcriptæ,

ſcriptæ, ita, vt hi, qui alteram ex hiſce profitentur, pœnis hæreticis minitatis, ſubdi non poſſint amplius, per *Art. V. inſtrum. pac. Oſnabrug. §. 35. et Art. VII. §. 1.* Referunt quoque inter perſonas inteſtabiles obſides: quibus teſtamenti factio, non vt talibus, ſed vt extraneis interdicta erat, ab hoc iure excluſis. Si tamen togæ Romanæ vſum eis conceſſerant imperatores, tam capere eis licuiſſe ex vltimis voluntatibus ciuium, quam condere teſtamenta, docent *l. 31. et 32. ff. de iure fiſci*, et ſecundum hæc intelligenda quoque *l. 11. ff. de teſtament.* Plures, quibus teſtandi facultatem denegarunt, data opera prætermitto; cum, prohibitiones iſtas recentiori æuo factas demum fuiſſe, nemo ignoret.

Teſtamenti factio quid et quotuplex?

§. III. Qui ergo gaudebat iure teſtamenti faciendi, iſte habere dicebatur *teſtamenti factionem*, quam quidem THEOPHILVS vocat *actiuam.* Ab ea diuerſa erat teſtamenti factio *paſſiua*, qua permittebatur aliquibus ex vltimis aliorum voluntatibus capere, licet ipſi teſtari prohiberentur. POMPONIVS in *l. 16. ff. de teſtam.* quasdam perſonas refert, quæ ad hanc claſſem pertinuerunt; quibus ex VLPIANI *tit. XX. §. 8.* iuncto *tit. XVII. §. 1.* Latinos Iunianos addere poſſumus: licet enim iſti ſecundum *cit. tit. XX. §. 14.* teſtamentum facere nequirent, ex aliorum tamen vltimis voluntatibus capere abſolute eis non interdictum erat. Igitur ſecundum ea, quæ diximus, vocabulum *teſtamenti factio* duplicem ideam inuoluit, ſcilicet facultatem tam faciendi teſtamentum, quam ex tali capiendi aliquid. Nemo non videt, dictionem hanc ambiguam eſſe, ideoque plus quam vnam definitionem admittere. Dabimus eas hoc loco, ne alioquin in ſequentibus nosmet ipſos ac lectores noſtros exponamus obſcuritatis periculo. Eſt autem teſtamenti factio

ctio ACTIVA *facultas, iure ciuili data, de rebus suis post mortem suam disponendi.* PASSIVA testamenti factio vocatur *facultas legibus indulta ex vltima alterius voluntate aliquid capiendi.*

Feminis testamenta facere olim plane negabatur.

§. IV. FEMINAS proximis annis post XII. Tabb. publicatas testamenti factionem, quam *actiuam* cum aliis vocauimus, non habuisse, omnes, quos noui, ICti vno ore fatentur. Quo vero tempore et qua occasione primum Romani tolerauerint testamenta feminea, non constat, nec perspicue definitum est. VLPIANVS *in tit. XX. §. 15.* de suo tempore tradit: *Feminae post XII. annum aetatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint.* Quibus verbis quidem indicat, competere feminis ius testamenta faciendi, quod eo tempore, quo VLPIANVS haec scripsit, a nemine in dubium vocabatur amplius; sed qua lege hoc eis indultum fuerit, quoue auctore, de eo minime sollicitus est. Hoc certum est, iure XII. Tabb. *patribusfamilias* tantum datam hanc facultatem fuisse, sub quorum appellatione non magis *feminae* tunc, quam *filiifamilias* comprehendebantur. Sed illis postea feminis ex quadam aequitatis ratione id concessisse videntur *praetores*, quae libera gaudebant bonorum possessione, nec alterius iuri subiectae et praeterea legitimae aetatis, hoc est, maiores annis duodecim erant; quarum tabulis, more praetorio conditis, adeo fauebant isti, vt facile *secundum eas* darent heredibus bonorum possessionem, prout moris erat, si aliqua aequitatis ratio pro tabulis, more illo scriptis signatisque, militabat. Differunt namque tales parum aut nihil a patribusfam., si res earum domesticas consideraueris, praesertim postquam nouum genus matrimonii accessit, quo status earum non mutatus

tatus

tatus eſt, ſed *ſui iuris* manſerunt, de quibus mentionem facit CICERO *in topic. mox ab init.* Antiquiſſimum feminei teſtamenti exemplum apud LIVIVM occurrit *lib. XXXIX. c. 9.* vbi Hiſpala Fecenia, libertina genere, meretrix profeſſione, Ebutium, adoleſcentem quendam, quocum conſuetudo ei fuerat, patrono mortuo, heredem inſtituit. Factum hoc eſſe conſtat Sp. Poſtumio Albino Q. Marcio Philippo Coſſ. anno conditæ vrbis DLXVII. Vtrum autem effectum habuerit, non adiicitur ſed ſimpliciter refertur, Hiſpalam teſtamentum condidiſſe. Nam nequidem adhuc tempore CICERONIS *(k)* hæc cauſſa omni caruit dubitatione, vtut forſan eo tempore plura teſtamenta a feminis condita fuerint. Etenim Ceſenniæ cuiusdam teſtamentum memorat CICERO ipſe *orat. pro Cæcinna c. 6.* et alia præterea exempla

(*k*) Adhuc tempore CICERONIS dubium fuit, vtrum ea mulier teſtamentum facere poſſet, quæ ſe capite nunquam diminuit, h. e. quæ in manum mariti non deuenit. Nam, quæ capite hoc modo deminuta erat, teſtamenti factionem habere non poterat, quod alieni iuris facta eſſet. Non videri ex edicto prætoris bonorum poſſeſſionem ex his tabulis dari poſſe, cenſuit CICERO *de topic. c. 4.* idque probat ex *adiunctis*, quod alioquin bonorum poſſeſſio ſecundum ſeruorum, exſulum et puerulorum tabulas danda eſſet, ICtos in diuerſas fuiſſe tractos ſententias, rurſus CICERO *lib. VII. epiſt. 21.* docet, TREBATIO affirmatiuam propugnante, ſed SERVIO SVLPITIO negatiuam, quod ea, quæ teſtamentum condidiſſet, teſtamenti factionem non habuiſſet. TREBATII ſententia facile viciſſe videtur, quod data bonorum poſſeſſione heres interdicto *quorum bonorum* tutus eſſet, vbi non quærebatur de *iure teſtamenti*, ſed an teſtamentum *iure prætorio* conditum adeſſet? vt optime LAMBINVS *in not. ad cit. ep. oſtendit.* Forſan hac occaſione teſtamenti factio tandem mulieribus conceſſa eſt, quod prætores facile heredibus, ab his inſtitutis, darent bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quæ ſecundum *ſolennitatem iuris prætorii* adhibito tutore conditæ eſſent, quas ſeruare e re prætorum erat. Hoc præſidio freti contradictorum argutias eludere poterant ſcripti heredes ſine vllo negotio; cum probabile ſit, in multis aliis caſibus prætores dediſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quam qui in iuris noſtri collectione notati.

pla adferunt PLINIVS *lib. II. ep. 20. et lib. IV. ep. 10.* SVETONIVS *in Galba c. 5.* VALER. MAXIM. *lib. VII. §. 2.* et ICti, quorum fragmenta compilatores pandectarum nobis conseruarunt in *l. 19. ff. de inoffic. testam. l. 37. §. 6. de legat. III. l. 33. de vulg. et pupill. substit.* Leges Codicis allegare hic supersedeo, quia recentiorum sunt temporum, quibus testamenti factionem mulieribus competiisse, ne dupondii quidem ignorant.

§. V. DIXIMVS in *§. praeced.* non omnes feminas indiscriminatim facultate testandi gauisas fuisse, sed eas tantummodo, quae annos *pubertatis* egressae, neque in vllius alterius manu erant amplius. Filiaefamilias igitur testari ob statum suum non poterant, et, qui fieri potuisset, vt id istis datum fuisset, quod negatum erat simpliciter *filiisfamilias*, licet illis testamenti factionem pater vel maxime indulgere voluisset. *pr. I. quib. non est permiss. fac. testam. l. 6. ff. de testam.* Per LL. XII. Tabb. enim testari nemini, nisi patrifamilias, fuerat concessum; quia vero semper absurdum credebatur, si quis *ius publicum* immutare satageret priuatis pactionibus, (*l*) hinc prono alueo modo dictam prohibitionem in filiosfam. fluxisse, nemo dubitabit forsan. Alia autem erat ratio istarum feminarum, quae morte parentum, *sui iuris* effectae, aut potestati eorum emancipatione sub- *Testabantur auctore tutore.*

(*l*) Nam PAPINIANVS *in l. 3. ff. de testam.* ait: *Testamenti factio non priuati sed publici iuris est*; et in *cap. II. L. Falcidiae* scriptum fuit: *Quicunque ciuis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique ciui Romano pecuniam* IVRE PVBLICO *dare, legare volet* etc. *l. 1. ff. ad L. Falcid.* Sed idem Papinianus *l. 39. ff. de pact.* *Ius publicum pactis priuatorum mutari non posse*, adfirmat; quo nostrae sententiae veritas demonstratur, quod videlicet *priuato pacto* nemo impetrari queat *testamenti factionem*, cui *leges publicae* eam denegarunt.

subtractæ erant. Hæ enim, quum in domo sua pleraque patrumfamilias seu personarum, quæ *sui iuris* erant, iura poterant exercere, admodum inique videbantur arceri a testamenti factione actiua; inprimis quum testamenta non amplius fieri debuerunt in comitiis calatis, quibus feminas interesse non licuerat, sed in cuiusque domo rite et præcipue *prætorio more*, qui his tabulis magnam conciliabat autoritatem, possent perfici. Censuerunt tamen prætores, in eo temperanda esse mulierum iura, ne, quoscunque vellent actus, maxime *solemnes* (quorsum *mancipatio* pertinebat) suo tantum arbitrio possent peragere, sed quibusdam *tutoris auctoritatem* accedere oportere. Huius vero dispositionis rationem *infirmitatem sexus sequioris* fuisse, CICERO indicat *in orat. pro Murena c. 12.* scribens: *Mulieres omnes propter infirmitatem consilii, maiores in tutorum potestate esse voluerunt* etc. Quod Romanorum institutum eo magis probandum est, si recte de mulieribus opinatus est SENECA *de constant. sap. c. 14.* feminam esse dicens *impudens animal et, nisi scientia accessit ac multa eruditio, ferum, cupiditatum incontinens.* Ter quoque eas in hora mutari, BALDVS nos credere iubet in *l. quoties* versu: *dic quæ mulier C. de suis et leg. hered.* Quinam hi actus excepti fuerint, in quibus aliena auctoritate feminis opus esse voluerunt, declarat, quamuis paulo generalioribus verbis, VLPIANVS *tit. XI. §. 27. Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus, si lege, aut legitimo iudicio agant, si se obligent, si ciuile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni serui morari, si res mancipi alienent.* Vltima verba testamenta comprehendunt, *antiqua* autem intelligo *per æs et libram*, quæ sine *mancipatione* non potuisse rite fieri, iam dictum probatumque est *§. 1.* ad negotia ciuilia vero reliqua testamenta

menta pertinuisse inter alia, recte censuit V. cl. SCHVLTINGIVS *in not. 81. ad h. l. in iurisprud. anteiust. pag. 604.* Ceterum Romanos antiquissimis temporibus iam hæc feminis iura præscripsisse, intelligi poterit ex *oratione* M. CATONIS *pro Lege Oppia* ap. LIVIVM *lib. XXXIV. c. 2.* vbi inter alia ait: *Maiores nostri nullam, ne priuatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt: in manu esse parentum, fratrum, virorum.* Nescio vero, qua ratione permotus SCHVLTINGIVS *in not. 75. ad cit. tit. XI. Vlpiani* scripserit, oratorie mulierum caussam hisce verbis deprimi a CATONE. Quid enim testamentum, nonne res priuata? quid stipulatio? iura de hisce publica fuisse non nego, ipsa autem negotia talia pertinuisse ad classem *priuatarum rerum*, e CICERONE *in orat. pro Cæcinna* patescit: *Quod vt ad priuatas res redeam, testamentum, quæ iudicia aut stipulationes, aut pacti et conuenti formula non infirmari aut conuelli potest, si ad verba rem deflectere velimus?* Hos igitur actus CATONEM indigitasse vocibus: *ne priuatam quidem rem*, verisimile est, quamuis non in omnibus priuatis actibus auctoritatem tutorum necessariam habuisse mulieres constet; qua in re istæ a pupillis diuersæ conditionis fuerant, quorum fere nulla valida actio erat, nisi quæ tutoris sui roborata esset auctoritate. Hinc CICERO *in topic. c. 11. Non quemadmodum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri sine tutore soluas, ita, quod aut pupillæ, aut pupillo debeas, recte possis eodem modo soluere?* et QVINTILIANVS *instit. orator. lib. V. c. 10.* in eundem sensum scribit: *Non quod mulieri, idem pupillo;* quæ duo loca in nota allegata SCHVLTINGIO debeo, qui ea ibi in vsus suos conuertit.

§. VI. ERAT autem tutela feminarum duplex olim, altera *pupillaris*, quæ duodecimo ætatis anno exacto finiebatur, *Mulierum tutela duplex.*

batur, *princ. Inſtit. quib. modis tutel. finit.* altera, quam *perpetuam* vocat BOETHIVS *in topic. Ciceronis lib. IV.* Vtriusque meminit VLPIANVS *tit. XI. §. 25.* et quam a ſemet inuicem differentiam habuerint, ibidem exponit. Priore enim non tantum cura educandi pupillum tutori delegabatur, verum etiam rerum pupillarium nanciſcebatur adminiſtrationem, neque contrahi poterat cum pupillo valide ſine auctoritate illius. Tutor autem adultæ mulieris ſuam tantum auctoritatem interponere iubebatur *in quibusdam actibus*; in aliis contra, vnde nullum feminis præiudicium vel damnum erat metuendum, pro ſuo arbitratu agere illis liberum erat. Sic recte mulieri, etiam ſine auctoritate tutoris, ſolui potuiſſe, e CICERONIS patet loco *§. præced.* exſcripto, quamuis in alia omnia iuerint leges, ſi pupilli debitor ei ſoluiſſet ſine tutore. *(m)* Quod et hodie adhuc obtinet, ita vt debitor pupillo ſoluens plene ſecurus non ſit, niſi, præcedente magiſtratus decreto, pupillo cum tutore ſolutio fiat, BORNIVS *in diſſ. de ſolutione pupillis et minorib. et ab iis tuto facienda Cap. II. §. 11. et 12.* vel in rem verſio probari poſſit. STRYK. *in V. M. lib. XII. Tit. I. §. 17. et 18.* Quod tamen de ſorte ſolum, non autem de reditibus et vſuris intelli-

(m) Noſtræ quidem ſententiæ adverſari videtur §. 1. *inſtit. quibus al. lic. vel non.* Verum, quum *l. 15. ff. de ſolution. et liber. et l. 28. ff. de pact.* æque ſolutionem eiusmodi improbent, valde dubium eſt, vtrum *locus cit. in inſtit.* ſanus et integer ſit, nec ne? quid ſi reponeretur ita: *Ac e contrario omnes res pupillo et pupillæ ſine tutoris auctoritate recte dari* NON *poſſunt* (indiſtincte ſcilicet.) *Ideoque ſi debitor pupillo ſoluat, neceſſaria eſt debitori tutoris auctoritas, alioquin non liberatur.* Nam niſi ita legas verba: *ideoque ſi debitor* etc. male videntur cum antecedentibus cohærere, quum tamen priori particula paullo ante TRIBONIANVS oportune vſus ſit, ſcribens: *Ideoque ſi mutuam pecuniam* etc. Quibus verbis indicauit, ſequi hanc, quam ibi protulit, ſententiam ex antecedentibus; quod et hoc loco ſine dubio exprimere voluit.

telligendum, nisi excedant summam 100. solidorum per *l. 25. et 27. C. administrat. tut.* Ex quo vero tempore Diuus MARCVS imp. omnes minores sub curatela esse iussit, nulla sexus facta diuersitate, (*n*) ex eo quoque videntur pedetentim tutores perpetui exoleuisse, vtpote iam minus necessarii. Forsan etiam confusum istorum munus fuit sequiori tempore cum illo curatorum, qua de re vero nihil certi adfirmare audeo. Dubito tamen an satis caute adseruerit IAC. RAEVARDVS *lib. II. varior. c. 10.* si *tutoribus* curatores in lege aliqua Digestorum iungantur, *curatoris* dictionem a Triboniano insertam esse, cuius opinioni post Schultingium etiam contradixit V. cl. EVERH. OTTO in perdocto opusculo *de perpet. femin. tut. §. 15.* Certiora indicia malæ fidei, vel, si mauis, piæ fraudis Triboniani deprehenduntur *in l. 60. et 61. ff. de iure dot.* Prior enim e *libro XI. Digestorum* P. Iuuentii Celsi sumtus est, posterior autem e Terentii Clementis *libro III. ad L. Iuliam et Papiam.* Mentio in hisce legibus curatorum fit, qui dotis dandæ, dicendæ promittendæue caussa dabantur feminis. Verum *curatoris* feminei appellatio horum ICtorum æuo inaudita erat adhuc, qui vtique ante Diui MARCI tempora vixerunt, ac præterea tales personæ ab Vlpiano adhuc *tutores* vocantur, non curatores

(*n*) IVL. CAPITOLIN. *in vita M. Aurel. Antonini c.* 10. *De curatoribus vero quum ante non nisi ex lege Laetoria, vel propter lasciuiam vel propter dementiam darentur, ita statuit, vt omnes adulti curatores acciperent caussis non redditis.* Quæ auctoris verba ab obscuritate vindicauit demum ill. HEINECCIVS in libro iam sæpius laudato *antiquit. Roman. ad lib. I. Instit. tit. XXIII. §. 228. seq.* quum ante a plerisque aliter, neque felicius tamen explicata essent, in quorum numero etiam V. cl. GERH. NOODTIVM esse reperi. *vid. eius comment. ad Digest. tit. de curat. et aliis extra minor. dand. in princ. pag.* 588.

ratores in *tit. XI. §. 20.* Igitur nemo facile dubitare poterit amplius, quin textus citati libris Digestorum haud integre ac incorrupte fuerint inserti, de qua re vid. VERTRANIVS MAVRVS *de iur. liber. c. 31.* Addit prioribus SCHVLTINGIVS *in not. ad tit. XIX. lib. II.* PAVLI *sentent. L. 7. ff. de tutor. et curatorib. dat.* neque id sine similitudine veri; Vlpianus enim cuius nomen cit. legi praefixum est, in fragmentis suis more antiquo loquitur, tutores dans mulieribus, non curatores. vid. eius *tit. XI. §. 18. et 20.*

Libertae in patroni sui legitima tutela erant.

§. VII. Quae ex iusta seruitute manumissae erant libertarumque veniebant nomine, harum legitimam tutelam ad patronos, qui eas manumiserant, pertinuisse, notum est, eorumue liberos, si manumittens fatis cessisset forsan. Nihil equidem de hac tutela cautum fuisse legitur in LL. XII. Tabb. per interpretationem tamen inde eam deduxerunt Romani ideo, quia iisdem in bonis defuncti intestato liberti aut libertae, neque liberos relinquentis, iura successionis indulta fuerant legibus decemuiralibus. *Instit. de legit. patron. tutel.* VLPIANVS *tit. XI. §. 3.* Hinc tutelam istam *legitimam per consequentiam* vocat, h. e. magis ex ratione, quam verbis legum introductam. Licet enim vel maxime libertini parentes haberent, vel alios cognatos, qui in seruitute erant adhuc; horum tamen hic nulla ratio poterat haberi neque in successione, neque in tutela, quia tales ab omni ciuitatis iure penitus excludebantur, imo tunc potius nullum libertus patrem habere putabatur; hinc idem VLPIANVS *tit. X. §. 3.* ait: *seruilem cognationem nullam esse;* quod iuris axioma a Iustiniano postea paullo immutatum fuisse, patet ex *pr. Instit. de seruil. cognat.* Interim idem imperator libertorum patronos συγγενεῖς siue cognatos eorum vocat in consti-

constitutione quadam, quæ reperitur in BASILICIS *lib. XLIX. tit. 1.* ad quam vide CVIACIVM *obseruat. lib. XX. c. 54.* Cunctis, quæ hactenus diximus, clariorem fœneratur lucem adductum superius *§. 4.* Hispalæ libertinæ testamentum, de quo Liuius cit. ibi loco quædam memoriæ prodidit. Hæc enim testari cupiens, quum post patroni sui mortem in nullius manu esset, *(o)* prætorem ac tribunos plebis adit, sibique tutorem dari postulat, quo scilicet in condendo rite testamento opus habebat omnino. *(p)*

§. VIII.

(*o*) Patronus igitur vel plane nullos filios videtur reliquisse, vel impuberes tantum. Vltimo vero casu legitima filiis tutela non eripiebatur, sed alius interim a magistratu dabatur, donec isti ad ætatem fungendæ tutelæ aptam peruenissent. Non autem hic facere possum cum Cuiacio, qui non nisi duobus casibus tantum filio patroni, impuberi et legitimo tutori libertinæ facto, substitui olim potuisse credidit, nimirum si hereditatem ista adire aut nuptias contrahere voluerit; Vlpianum quidem idem dixisse putat *tit. XI.* §. 22. sed iste cit. loco patroni filios æstimare videtur eodem iure, quo alios tutores, præter patronos, in casu absentiæ habuit, quibus alius substitui poterat omnino. Finge enim, recte se habere Cuiacii sententiam, quis in aliis casibus ac negotiis libertinæ huiusmodi interponere auctoritatatem debuisset, tutore suo legitimo existente impubere ac alio ista destituta? Iustinianus postea omnes, qui XXV. annis minores essent, a legitima tutela exclusit per *l. vlt. C. de tutel. legit.* inde tam Dionys. Gothofredus in not. ad *l. 16. ff. de tutel.* quam Schultingius *in not. 58. ad §. 20. tit. XI. Vlpiani* non sine ratione adstruxerunt *l. 16. ff. de tutel. l. 4. l. 8. ff. de legitim. tut. et l. 1. ff. de fideiussor. et nominatorib. et hered. tutor.* Triboniani correctoriam manum esse expertas, quibus viris addi etiam Cuiacius potest ad *tit. instit. de fiduciar. tutel.* Nam ICtorum temporibus, auctorum harum legum, antiquam obseruantiam viguisse adhuc, vel vnius Vlpiani iam cit. §. 22. *tit. XI.* declarat.

(*p*) Tutor talis Atilianus vocabatur, quia lege Atilia cautum fuerat, vt, si cui mulieri pupilloue in vrbe nullus tutor esset, ei aliquis daretur a prætore vrbano et maiore parte tribunorum plebis *pr. Instit. de Atiliano tut. etc. Vlpian. tit. XI.* §. 18. Quo tempore hæc lex facta fuerit, de eo non magis certi sumus, ac quemnam auctorem habuerit? istum tamen annum vrbis cond. DLXVII. præcessisse, id vel Hispalæ memoratæ historia euincit, quod etiam obseruarunt iam do-

Quanam mulieres testari olim potuerint.

§. VIII. Hoc etiam iure per plura postea secula Romanas vixisse mulieres, de eo neque ICtorum veterum fragmenta neque auctorum passim iam citata loca nos dubitare sinunt. Indistincte tamen omnibus testamenti factionem liberam non fuisse, iam superius §. 4. et 5. dictum est. Hinc ait VLPIANVS: *Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt tutore auctore, donec in tutela sint.* Iam supra laudauimus hunc locum, quem paulo curatius hic excutere oportet. ICtus in eo non omnes feminas posse condere testamenta adserit, verum hoc ius ad eas restringit, quae *sui iuris* et in *tutela* adhuc essent. Cum vero neque filiaefamilias, neque vxores, quae in manum conuenerunt maritorum, in *tutela* esse dicerentur, sed in *potestate* et *mancipio*, (q) de hisce sermo VLPIANO esse non potuit. Late quidem omnes in *manu* dicebantur esse, tam qui in potestate erant alterius, quam quorum tutelam alii gerebant; ast *proprio* et *strictiori* in sensu, hae quae in *tutela* erant, *sui iuris* dicebantur, oppositae prioribus, quod tutela talem vim non inferat, vti quidem *potestas patria* et *ius mancipii*. Ex quo igitur mulier nupserat viro alicui, ita vt in *manum* eius conuenisset simul, ex eo tempore non potuit facere testamentum, quia in domo mariti sui iure *filiaefamilias* censebatur. Errant itaque isti manifeste, qui nulli feminae olim *testamenti factionem actiuam* volunt concedere, praeterquam ei, quae per capitis deminutionem in potestatem viri venisset. CVIACIVS quidem *obseru. lib. VII. cap. II.* et ALEANDER ad

doctissimi viri SCHVLTINGIVS *ad Vlpiani cit. locum in iurisprudent. anteiust. pag.* 600. et HEINECCIVS *antiquit. Roman. libr. I. tit. XIII.* §. 9.

(q) Vide HEINECCIVM plene hic nobiscum sentientem *in antiquit. Rom. ad lib. I. instit. tit. XIII.* §. 19.

ad *Caii Instit. lib. II. tit. 2. §. 1.* in ista sunt opinione, eamque probare nituntur e CICERONIS loco *in topic. cap. 4.* vbi ait: *si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam diminuit, non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari.* Sequaces illi postea habuerunt HILLIGERVM *ad Donell. lib. VII. c. 2. litt. f.* VALENTINVM FORSTERVM *de success. lib. VIII. c. 2. n. 13.* et HOTOMANNVM *in lex. verbo: vxor.* qui suo arbitratu eas testari potuisse aiunt. Sed res ita neutiquam in vado esse videtur. Nam si verbis adductis hunc sensum inesse dicunt, illas feminas, quae nunquam in manum mariti venerint, a testamenti factione excludi, sequeretur erronea conclusio, nullam feminam Romae testari valuisse, nisi maritatam. Verum Hispalae supra adductum exemplum longe nos aliud docet, quae certe in manum mariti alicuius per matrimonium non venerat. Rectius hunc CICERONIS locum vel de eo testamento accipere possumus, quod non *iure praetorio* factum est; quia praetores demum bonorum possessionem ex tabulis iure praetorio confectis dabant, de qua vnice quaestio erat, et quo iure demum valuisse videntur, non *iure ciuili antiquo:* vel, vt hunc locum BOETHIVS interpretatus est, de ea, quae, quum in nullius mancipio sed *sui iuris* erat, testamentum *sine tutoris auctoritate*, iure tamen praetorio, condiderat, secundum cuius tabulas praetorem dare possessionem posse, negauit CICERO. Verba BOETHII sunt: *Mulieres vero antiquo iure tutela perpetua continebat; recedebant vero a tutoris potestate, quae in manum viri conuenissent, itaque fiebat iis status prioris mutatio, et erat capite deminuta, quae viri conuenisset in manum. Quaedam igitur, quae se nunquam capite diminuisset, id est, quae in manum viri minime conuenisset, si non tutoris auctoritate testamentum*

fecit, quæritur, an ſecundum eius tabulas ex edicto prætoris dari debeat poſſeſſio? imo feminis, in mariti poteſtate degentibus, teſtamenti factionem actiuam denegatam penitus fuiſſe, iam ſupra *§. IV.* adfirmatum eſt, ducibus et ill. HEINECCIO *in antiquit. lib. II. ad tit. X. inſtit. §. 19.* et SCHVLTINGIO *ad Vlpiani tit. XX. §. 15. p. 632.* quibus addere poſſumus V. cl. EVERHARD. OTTONEM *diſſ. de perpetua feminarum tutela §. 12.* cuius opinionis rationem paulo ante dedimus. Idem etiam VLPIANVS *cit. loc.* adſtruit, dum feminas teſtari poſſe tamdiu, *donec in tutela ſint*, adſerit, excluſitque eas, quæ in virorum ſuorum domo inſtar *filiarumfamilias* erant, quod hæ in *manu* eorum, neutiquam in tutela eſſent, quam etiam ſententiam GALVANVS *de vſufruc. cap. IX. num. vlt.* vt veriorem adoptauit, cum quo facit etiam V. cl. GRVPENIVS in elegantiſſimo tractatu *de vxore Romana cap. III. §. 12. pag. 72. ſeq.* Reperiuntur quidem teſtamenta ab vxoribus, conſtante matrimonio ac maritis viuentibus, condita; ſed ad recentiora tempora hæc pertinent, ad *matronas*, non ad *matresfamilias*, h. e. ad eas, quæ in manu virorum ſecundum *mores antiquos* vel confarreatione vel coemtione vel vſu non conuenerant, ſed ſui iuris manſerant; qualia matrimonia iam tempore CICERONIS vſitata erant, alias enim vltimam voluntatem declarare non valuiſſent. Pertinet huc exemplum a ICto *in l. 17. ff. de inoffic. teſtam.* relatum, vbi dicitur: *filium non impediri, quo minus inofficioſum teſtamentum matris accuſaret, ſi pater eius legatum ex teſtamento matris accipiat vel adiſſet hereditatem*, nec non *l. 25. C. eod. tit.* Sic etiam Ceſennia, A. Cæcinnæ vxor teſtata fuiſſe videtur, maritum ex deunce et ſemuncia faciens heredem; quæ ſi in manu eius fuiſſet, teſtari ita minime potuiſſet. vid. CICER. *in orat. pro A. Cæcin.*

cin. c. 6. Verum prout dixi, iam eo tempore Roma mos inoleuerat, quo Romanæ feminæ detrectarunt virorum potestati se suaque subiicere, sed vel in parentum suorum manu remanebant a testamenti factione exclusæ, vel in tutela agnatorum et sic sui iuris erant, quæ demum testamentum condere poterant. Hoc nouum matrimonii genus veteribus tantum non inauditum a Syllanis temporibus præcipue putamus innotuisse, de quo egit A. GELLIVS *noct. Attic. lib. XVIII. c. 6.* et CICERO *in orat. pro Flacco c. 34.* Imo subsequenti æuo sub imperatoribus pleraque matrimonia ita contracta fuerunt; quæ caussa est, quare in iure nostro præter *dotem*, bonorum vxoris *parapheralium receptitiorumque* toties mentio occurrit; quum tamen olim vxores, quæ in manum conuenissent, omnia indiscriminatim maritis attulerint, dotis nomine.

Num feminæ in scriptis testari potuerint quoque?

§. IX. NVM *scripta* quoque *testamenta* facere potuerint feminæ, otiosa quæstio imo penitus Domitiana esse videtur; neque illam in medium protulissem, nisi eandem mouisset humanissimus ICtus, EMVNDVS MERILLIVS, qui *lib. II. obseruat. c. 1. pag. 41. edit. Neapol.* et *lib. IV. c. 39. pag. 152.* probare conatus fuit, feminas non nisi *nuncupatiua* potuisse testamenta facere, neutiquam autem *mystica* siue *scripta.* Verum argumenta, quæ profert ad probationem opinionis suæ, tanti non esse videntur, vt eis calculum possim adiicere. Laudat hac in re præcipue PAPINIANI fragmentum in *l. 77. §. mando. 24. ff. de legat. 2. Mando filiæ meæ, pro salute sollicitus ipsius, vt quoad liberos tollat, testamentum non faciat: ita enim poterit sine periculo viuere.* Putat patrem noluisse ideo filiam testari, quia eius vltima voluntas secreta manere haud posset, cum ei non liceret

 alium

alium, quam *nuncupatiuum* relinquere heredem, qualia testamenta ob *heredipetarum* improbitatem tristissimi vtplurimum euentus esse solerent. Verum illud ipsum est, quod vir doctissimus euidentius probare præ ceteris debuisset, scilicet feminis nunquam *in scriptis*, semper vero *nuncupatiue* tantum, heredem declarare licuisse, cum tamen ex locis adductis constet: feminas *iure prætorio* testamenta, septem testium signaculis firmata, condidisse, quod alioquin bonorum possessionem secundum eas impetrare haud potuissent, de quo vnice quærebatur. Videlicet patrem, filiam testari prohibentem, alia causa quam a MERILLIO allegata ad ita disponendum inducere potuit. Omnia enim feminea testamenta plena periculi videntur fuisse, siue heredem ore nuncupauerint, siue scriptas tabulas reliquerint; quum si mulier hunc modum testandi vel maxime elegisset, raro tamen tanta virtute polleret, vt voluntatis suæ tenorem silentio posset tegere; hunc enim sexum plenum esse rimarum et hac et illac diffluere, ne ipsæ quidem mulieres diffiteri audent. *(r)* Quem iste produxit e PLAVTO locum *in asinar. act. IV. sc. 1. v. 17. seqq.* is ad hanc controuersiam plane non pertinet. Lena enim ibi locat Diabolo adolescenti puellam. Parasitus legem conductionis scribit:

Ne epistola quidem vlla sit in ædibus;
Nec cerata adeo tabula.

Et

(r) Heredipetarum tunc erant plena omnia. Si femina testamentum condiderat, eorum insidiis exposita erat, quas præcauere non facile poterat, si liberos nondum habebat. His procreatis tuta ab omnibus insidiis erat, quas etiam effugiebat liberis non procreatis, quamdiu testamentum non condiderat. Qua de causa heredipetæ illecebris suis inducere feminas solebant, vt testamenta conderent, quo earum hereditatem variis artibus captare possent.

Et paulo poſt *v. 22.*

Ne illi ſit cera, vbi facere poſſit litteras.

Noluit adoleſcens, vt Philenium (hoc enim nomen erat meretrici) cum quoquam haberet litterarium commercium, metu, ne amore eius, viginti minis argenti conducto per annum, defraudaretur forſan. Verum, quid cuncta hæc ad teſtamenta mulierum ſcripta? MERILLIVS porro *libro IV. c.39.* putat, in factione teſtamenti per *æs et libram* heredem ſemper nominari debuiſſe, idque probari poſſe ex VLPIANI *tit. XX. §. 9.* cenſet, vbi *nuncupatio teſtamenti* ad eius eſſentiam pertinere ICtus ait; vnde colligit, integrum teſtamenti tenorem, vel heredis ſaltem nomen coram teſtibus et aliis præſentibus recitatum fuiſſe a teſtatore. Verum fallitur in eo MERILLIVS; id enim nunquam VLPIANVS *cit. loc.* dixit. Nuncupationem teſtamenti iſte vocat potius ſolennem formulam, qua vti debuit teſtator: *Hæc vti in his tabulis cerisue ſcripta ſunt* etc. ſed nullum heredis ibi nomen exprimitur, cuius perſonam occulte *familiæ emtor* ſuſtinuit, et ideo nominandus fuiſſet potius, ſi in vſu fuiſſet talis appellatio. Demum ſuo nos periculo iubet credere, omnia feminarum teſtamenta, quæ *per ſcripturam* facta fuiſſe legimus, primum *nuncupatiua* fuiſſe, poſtea demum inſcripta tabulis. Sed vnde hoc nouit MERILLIVS? Nihilominus iſte plures, quas citat leges, quæ ſcripti a feminis teſtamenti faciunt mentionem, ita interpretandas eſſe adſerit. Verum enim vero quamuis id vel maxime daremus MERILLIO, nuncupationem heredis neceſſariam fuiſſe in teſtamentis per *æs* et *libram*, tamen hoc dici non poterit de *prætorio teſtamento*, in quo ceremonias mancipationis et nuncupationis teſtamenti prætor pridem proſcripſerat; qui etiam teſtandi modus, quum ſemel introductus fuit, magis quam

vetus ille ac satis difficilis a Romanis adhibitus, et praesertim feminis vsitatus fuisse videtur, licet altero, *per aes et libram* scilicet, quidam etiam PAPINIANI et VLPIANI aeuo adhuc vsi fuerint. Verum nolumus plura scribendo tempus cum charta perdere. Ill. HEINECCIVM quoque a nostra sententia non alienum esse, ostendunt eius *Antiquit. lib. II. Instit. tit. X. §. 19.* et eiusdem perdoctus commentarius ad *L. Iul. et Pap. II. 11. p. 240. seq.* vt adeo auctoritate aliorum hac in re facile carere possimus.

Iura nouiora circa testamenta feminarum.

§. X. IVSTINIANI aeuo et prius forsan mulieres testamenta facere sine tutoris auctoritate potuisse ob *l. 5. ff. de testament.* statuimus. Num VLPIANVS *in cit. leg.* casu omiserit *tutoris* facere mentionem, an vero sustulerit hanc ibi dictionem TRIBONIANVS? definiri certe nequit. Quod autem nos maxime mouet, prolatam opinionem amplecti, illud est, quia nec in minorum vltimis voluntatibus desideratum, vt eis curatorum consensus accederet, ceu patet ex *l. 70. ff. de liberat. legat.* a quibus tamen parum aut nihil videntur distulisse tutores feminarum eo tempore, quos quoque iam post Diui MARCI constitutionem eodem nomine appellatos fuisse, supra diximus *§. 6.* Ceterum eadem in testamentis mulierum obseruanda veniunt, quae circa vltimas voluntates aliorum iura disposuisse nouimus. Hoc tamen singulare in *matris* testamento obseruandum est, liberos suos praetereuntis, quod ipso iure pro nullo neutiquam habeatur, vti patris, *l. 1. ff. de iniust. rupt. irrit. testam.* sed inofficiosi querela a praeteritis accusatum rescindatur demum; *l. 15. C. de inoffic. testam. §. 5. et vlt. Inst. de exhered. liber.* quod remedium matribus quoque, a liberis praeteritis in testamento praescriptum fuisse nouimus ex *l. 17. C. h. t.* Rationem, quo

quo permoti legislatores Romani, hanc diuersitatem insignem inter *patris matrisque* testamentum introduxerunt, invenire facili quis potest negotio. Notum est enim, matres intuitu liberorum, *extranearum* instar habitas fuisse; patres vero cum liberis ob vinculum potestatis vnam eandemque sustinuisse personam, hasque in eius familia et gente constitutas, quibus successio iure debebatur, vt vel instituí vel nominatim exheredari debuerint. Accedebat, patres olim per liberos acquisiuisse, licet hic potestatis effectus pedetentim angustiores acceperit limites tot adinuentis peculiorum generibus, quod tamen serius factum est. Res non ferenda videbatur concedere patri testatori, vt silentio suo illos, ceu *extraneos*, et *extra familiam* positos præteriret, quibus tamen de iure debebatur hereditas, atque ita perpetuam eisdem egestatem indiceret, quorum tamen operis, nonnunquam fortuna etiam, haud parum rem familiarem auxerat hactenus. Iure Decemuirali quidem liberam patrifamilias facultatem *legandi super familiæ, pecuniæ, reiue suæ* datam fuisse, imo etiamsi iniquissimum condidisset testamentum, sanctam tamen atque inuiolabilem stulti hominis voluntatem fuisse creditam, a nemine facile in dubium vocabitur. Hanc vero immensam libertatem testandi postea coangustatam esse vel legum auctoritate vel interpretatione iura constituentium, docet POMPONIVS in *l. 120. ff. de verb. signif.* quo etiam introductam *inofficiosi querelam* merito referri debere censeo. Sed omnia *matris* respectu longe aliter se habebant. Nam nulla ei in Latio quondam in liberos potestas; imo ne quidem secundum LL. XII. Tabb. ius erat inter matrem et filium filiamue vltro citroque hereditatis capiendæ *pr. Instit. de SCto Tertyll.* Extranearum instar habebantur, quas nulla obligatio ad instituendos liberos stringebat,

bat, donec imperator CLAVDIVS matri in solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem. SVETON. *in Claud. c. 19.* Quod eisdem confirmatum est postea per *SCtum Tertyllianum* sub HADRIANO conditum. Sed inde quoque videbatur ineptum esse, si quis tale matris testamentum pro nullo habere ideo voluisset, quia, nulla liberorum mentione in eo facta, istos silentio praeteriisset; quos tamen illius respectu pro *extraneis* fere leges antiquae habuerant. Horum igitur caussae imperatores crediderunt sufficienter consuluisse, data eis inofficiosi querela, qua etiam ab auo materno praeteriti vterentur. Quia tamen hoc ius tantum maternis dictum est testamentis, aliarum autem mulierum minime tangit, nolumus in illo explicando esse ampliores, ne extra oleas vagari videamur.

De quarta bonorum inopi coniugi relinquenda.

§. XI. IVRE Romano antiquo etiam nullum vxoribus ius hereditarium datum est in illis bonis, quorum olim dominium ad maritos pertinuit, nisi in eorum fuissent mancipio. Neque plus viris concessum fuerat cupientibus in defunctarum vxorum bona ab intestato succedere, quae vel in parentum vel sui ipsius tutela permanserant, neque in coniugis sui peruenerant manum. Praetor quidem ex edicto suo *vnde vir et vxor* coniuges, deficientibus omnibus agnatis cognatisque, ad bonorum possessionem vocauit demum, quod tamen beneficium eis non multum prodesse potuit, quippe nimis sero vocatis; nolo alias difficultates memorare hic, ex conditionibus ortas, quibus iste hoc caput edicti circumsepsit, vel ICti potius eidem adposuerunt. Hinc IVSTINIANO aequum visum fuit inopi coniugi certam portionem adsignare e bonis defuncti, qua superstes frueretur, vt ita a se paupertatis iniurias abigere, aut saltim illas eo facilius

facilius tolerare poſſet. Quod hanc portionem, quam *legitimam* iuris ciuilis haud male dixerit aliquis, *quartæ partis bonorum* quantitate in certo caſu definiuerit, de eo ratio quærenda eſt in antiqua legitimæ quantitate, quam hic imperator imitari voluiſſe videtur ideo, quia vxor, quæ olim in manum conuenerat, filiæfamilias locum et iura obtinuit in maritali domo, atque hanc ob cauſſam ei quoque ex bonis viri legitima ſalua eſſe debuit. Hæc vero iura vtrique coniugum communia fuiſſe patet ex *Nouell. LIII. c. 6.* cui non obſtat *Nouell. CXVII. c. 5. in fine.* ibi enim imperator loquitur de viro irrationabiliter eiiciente mulierem, cui, licet repudiatæ, hanc *quartam* adiudicat; e contrario autem iſtum nihil ex ſubſtantia mulieris capere debere edicit, cui miſerit repudium, quamuis prematur inopia. Igitur hanc Nouellam male intellexiſſe videtur CVIACIVS, qui ad *Novell. cit. LIII.* ſcripſit, viro per nouiſſimam diſpoſitionem iſtam, ius quartæ petendæ, ex bonis vxoris defunctæ, plane denegatum fuiſſe; quamuis in eo illius veſtigia preſſerit etiam BARRY *de ſucceſſ. lib. XVIII. tit. II. in fine*, et GVDELIN. *de iure nouiſſ. lib. II. c. 16.* quos tamen omnes merito refutauit STRYKIVS *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. IV. c. 1. §. 47.*

§. XII. Hæc etiam quarta bonorum adeo priuilegiata eſt, vt coniux moriens eam nullo teſtamento vel alio modo deminuere valeat, in damnum ſuperſtitis cum egeſtate luctantis. CONSTANT. CAPRIOL. *de ſucceſſ. ab inteſt. lib. IV. n. 23.* Hinc ſi maritus legati nomine aliquid reliquerit vxori e bonis ſuis, quod tanti non eſt, vt quartam illorum partem contineat, imperator in *cit. Nou. LIII. c. 6.* edixit, tunc a muliere inope agi ad *ſupplementum* poſſe portionis huius,

De quarta bonorum coniux praemoriens te ſtari nequit.

huius, lege ſibi debitæ; quod non fuiſſet dicturus, ſi pependiſſet ex maritorum arbitrio, vellentne eam relinquere vxoribus, an illis adimere, teſtamenti iure? cui tamen limites hic poſitos fuiſſe extra dubitationis aleam eſt poſitum. Confer. KOHL *de ſucceſſione coniug.* §. *83. ſeq.* qui hanc opinionem quoque pluribus aliorum ICtorum nominibus corroborat, idem ſecum ſentientium; licet SALICETO contrarium placuerit *ad authent. præterea. C. vnde vir et vxor.* Iam autem inde e contrario inferendum eſt, mulieri teſtamentum facienti, iure ciuili hanc obligationem incumbere, ne hac quarta bonorum ſuorum egenum maritum deſtituat. Quod ſi aliter fecerit, teſtamentum eius quoad hanc portionem inualidum eſt; quum hoc viro ſolatium leges non magis patiantur ei ſubtrahi a muliere, quam parentibus concedunt liberos priuare legitima, ſine idonea ratione. Sed quæritur, num ſimile ius obſeruandum ſit inter perſonas, non quidem coniugio iunctas, deſponſatas tamen? Quæſtio talis, ſi eam ſecundum iuris ciuilis dogmata æſtimaueris, procul dubio Domitiana foret; quum nunquam *ſponſæ* in eo cum vxoribus confundantur, ſed perpetuo diſcrimine ſeparentur ab inuicem. Verum in omnia alia ire placuit GREGORIO M. in *c. 12. C. XXVII. qu. 2.* adſerenti, ſponſalia iure diuino minime differre a matrimonio; quam opinionem iam ante eum fouiſſe videntur AVGVSTINVS in *c. 9.* et SYRICIVS papa in *c. 50. ibid.* Ex horum ſententia ſcholaſtici poſtea exſculpſerunt *ſponſalia de præſenti*, quæ cenſuerunt nequaquam differre ab ipſo matrimonio. vid. FRANC. HOTOMANNVS *de ſponſal. c. 4.* Hac aſſumta hypotheſi facile fieri poteſt, vt quis etiam altero ex ita deſponſatis ante matrimonium mortuo, ſuperſtiti inopi hanc quartam bonorum defuncti adiudicet, quod *vxoris* loco talis ſponſa habeatur.

tur. Cum vero ſponſa tantum *ſecundum quid* et intuitu *vinculi* cum vxore æquiparetur, in plurimis autem adhuc ab ea, quæ contracto matrimonio reali talis facta eſt, differat; præterea vero Proteſtantes ſponſalia de præſenti in ſenſu iuris canonici omnino ignorent: ideo prolatæ argutiæ nullam in eorum foris applicationem habere poſſunt? Quid? quod apud ipſos Catholicos Romanæ eccleſiæ hæc quæſtio prorſus inanis eſt, poſtquam patres in *concilio Tridentino* congregati *ſeſſ. XXIV. de reform. c. 1.* ſponſalia de præſenti plane ſuſtulerunt e medio, vid. DN. PRAESES *in I. E. Prot. lib. IV. tit. I. §. 23. ibique DD. catholici. alleg.* ergo inane foret huic quæſtioni adhuc immorari, cum non entis nullæ ſint affectiones.

CAPVT II.
DE
TESTAMENTIS MVLIERVM
INSPECTO IVRE GERMANICO.

ARGVMENTVM.

I. Apud Germanos nulla teſtamenta. II. E Latio migrarunt ad Germanos. III. Et feminis data teſtamenti factio. IV. Negata iisdem de gerada, V. nec non de portione ſtatutaria; VI. niſi maritus conſenſerit. VII. An de dotalitio teſtari poſſint? VIII. An de feudo femineo? IX. De dote teſtari nequit mulier, qua in pœnam priuatur. X. De teſtamento ruri condito. XI. Ius Hamburgenſe et Bremenſe circa teſtamenta mulierum. XII. Ius Oldenburgicum.

§. I.

In Germania olim nulla testamenta.

EGIMVS hactenus *de testamentis mulierum* ex principiis iuris ciuilis; nunc ordo, quem nobismet ipsi praescripsimus, nos ad patrios mores reducit, quos eo lubentius euoluendos esse duximus, quo magis eorum pertractationem maiori vtilitate se commendare credimus. Ne dicam, cuicunque cordatiori magis curae cordique esse debere, vt in institutis maiorum suorum diligentius eruendis, quam aliorum populorum versetur; quorum cognitione suam quidem scientiam priuatam augere, reipublicae vero haud aeque plurimum inseruire potest. Germanos veteres plane nulla coluisse testamenta, vel TACITI testimonium probat *de morib. Germ. c. 19. Heredes successoresque sui cuique liberi et* NVLLVM TESTAMENTVM. *Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, auunculi.* Mire exercuit locus iste quosdam interpretes, testamentorum patronos. Sunt in eorum numero MARQVARDVS FREHERVS (*a*) et SAM. STRYKIVS (*b*); quorum prior putauit, TACITVM negare tantummodo, in Germania testamenti factionem tot solemnitatibus peragi, sicuti in Latio; STRYKIVS vero adfirmare ausus est, non exstantibus liberis aut cognatis Germanis testamenta faciendi facultatem liberam omnino fuisse; imo iniurios istos in hanc nationem contendit, qui sibi aliisque persuadere conantur, eam testamenta penitus ignorasse; cum id extremam barbariem ac stupiditatem insignem populi huius proderet. Verum huic coniecturae nihil tribuendum esse patet ex iis, quae exposita sunt

(*a*) *De Tutel. Elector. p. 415.*

(*b*) *De success. ab intestat. diss. VIII. cap. I. §. 2. seq.*

ſunt in *vſu moderno Pandectarum ad lib. XXVIII. tit. I. §. 1.* recte priorem mutauit ſententiam. Neque FREHERI explicatio me valde moratur, qui contra clariſſima verba TACITI nodum in ſcirpo quæſiuiſſe videtur, vt prolixa refutatione eius ſententia haud indigeat, præſertim cum HEINECCIVS *in diſſert. de teſtamenti factione iur. Germ. §. IX.* hancce etiam opinionem ſub disquiſitionem vocatam vt erroneam reiecerit; cuius argumentis noua adhuc addere neceſſe non eſt. Stat itaque firmo talo, teſtamentariam ſucceſſionem e Germania tempore TACITI exulaſſe olim, nec aliam eos populos ſucceſſionem nouiſſe, præter liberorum cognatorumque; inter vltimos vero hunc ordinem fuiſſe ſeruatum, vt, qui propior eſſet ſanguine defuncto, excluderet remotiorem; hinc ille æternus nexus bonorum cuiusvis familiæ natus eſt, quorum poſſeſſionem hoc modo ad ſeram transmiſerunt poſteritatem. Diximus etiam iam ſupra in procemio, paupertatem plerorumque Germanorum vix permiſiſſe, vt ſolliciti valde eſſent de transferendo poſt mortem ſuam dominio rerum ſuarum in eum, cui viui præ ceteris fauerant. Rarius enim, præter parua tuguriola, pelles aliquot ferarum, arma, ſuppellectilem paruam, nuces et glandes, aliaque generis huius, quæ facili a quoquam opera parari poſſunt, alias diuitias plerique tunc poſſidebant, vt adeo vere, quid? quod veriſſime, ſcripſerit PVFENDORFIVS *de iure nat. et gent. lib. IV. c. XI. §. 18. Neque adparet, quare tantopere teſtamenta deſiderare debuerit gens, theſauros cumulare neſcia et paupere ſupellectile contenta, cui ex ſegete, pecore et venatu vix amplius quærebatur, quam quod victui quotidiano eique ſimplici ſufficeret.* Hic autem ordo ſuccedendi tanto magis probandus eſt, quo magis ſe et *antiquitate* et *vtilitate* quadam, ipſi propria, præ cete-

ceteris commendat. Teſtamentorum enim cauſſæ ſunt vt plurimum liuor, odium, inſani amores, nouercales machinationes; et quis omnes nequitiæ modos enumerare audeat, quibus circumuenti miſeri teſtatores, perditum ire cupiunt et liberos et cognatos, nonnunquam optime de ſe meritos? E contrario in ſucceſſione ab inteſtato nihil tale occurrit, ſed potius, dum ad proximos cognatos hereditas deuoluitur, illam non male *verum ſuſtentaculum familiarum* quis dixerit, quorum ita neceſſitatibus atauita vel frugalitas vel fortuna poteſt inſeruire. Ipſe Deus videtur hunc ſuccedendi modum alteri prætuliſſe, dum ſapientiſſimis legibus, Iſraelitico populo præſcriptis, nullam iſtis facultatem teſtandi conceſſit, quia potius familiis voluit conſulere, ceu patet ex toto fere *cap. XXV. Leuitici*, quarum conſeruationem tamen teſtamenta præ ceteris impedire ſolent, in quibus ſæpius iis relinquunt fortunas maiorum ſuorum, quos nullo penitus ſanguinis vinculo vel cognationis attingunt: interdum heredes iſtos nominant, cum quibus olim nefaria fuerunt ſocietate coniuncti, vti hoc iam paulo ante indicatum eſt. Quod ſi quæris, quomodo factum fuerit, vt Lerna iſta malorum et innumerarum litium, (*c*) teſtamenta ſcilicet, Græcis primum, deinde Romanis etiam tam mire placuerint, vt iſta encomiis ac laudibus vsque ad cœlum extulerint, teſte CICERONE in *Philipp. II. cap. 42. In publicis nihil eſt lege gratius; in priuatis firmiſſimum eſt* TESTAMENTVM, facilis eſt reſponſio. Videlicet leuitas animi et fucata probitas horum populorum, ſi alia indicia deficerent, vel

(*c*) Ita iam pridem de teſtamentis iudicauit FRANC. HOTOMANNVS *in antitribon. cap. VI. p. 30. Materiam teſtamentariam eſſe fontem et nutriculam maxima litium partis captionumque, quæ iſtic fieri ſolent, vbi ius ciuile viget.*

vel ex hoc ſolo poteſt pateſcere. Nam tantum abeſt, vt iras, quas ſani conceperant forſan, moribundi depoſuerint, vt vel hoc ipſo tempore potiſſimum odia ſua aduerſus propinquos exercuerint maxime, quo ſcirent, ſe diutius in hac vita commorari non poſſe. Nolumus plura hic addere, ne aliorum turbemus circulos, remotos iam a noſtro propoſito.

Sed migrarunt hos mores poſtea Germani LL. Romanis cum ſuo iure confuſis.

§. II. QVAE §. *praecedente* de teſtamentis vniuerſim adſtruximus, quod ſcilicet in antiquo iure Germanico tempore TACITI nullum inuenerint locum, id etiam dici debere *de feminarum teſtamentis*, facile quilibet intelliget. Vixit autem his moribus patria noſtra per plura ſecula, donec tandem etiam *iura peregrina* Germaniam inuaſerint, eamque ex promiſcuo cum his commercio et viuendi vſu inundauerint, quod, qua occaſione fuerit factum, hoc loco excutere non vacat. Non tamen Germani quaeuis in vniverſum Latii iura adoptarunt, ſed quaedam retinuerunt, quaedam ex iure Romano iis addiderunt, vt confuſione cum patrio iure facta vtraque colere coeperint. Quantam vero cladem inſtitutis maiorum intulerit haec commixtio, quotidiana praxis docet, et incerta ICtorum dogmata euincunt. Inde namque arceſſenda eſt origo dotium vxorum, quas olim apud Germanos incognitas fuiſſe nouimus. Dotes maritales quidem iure Germanico cognitae, ſed a iure Rom. alienae et cum donationibus propter nuptias Latii poſtea commixtae. *(d)* Pariter haec peregrina iura teſtamentorum vſum Germanis obtru-

(*d*) Oſtenſum hoc eſt iam pridem a Dn. PRAESIDE *in I. E. P. tom. IV. lib. IV. tit. XX.* §. 45. HEINECCIO *in elem. iur. Germ. lib. I. tit. XI.* §. 248. et a Dn. WITZLEBIO *in diſſert. de vxore Rom. per p. n. donat. de alim. ſec. cap.* II. §. 3. *et ſeq.* ſub vltimi praeſidio habita.

obtruſerunt, olim incognitorum, vt ſupra euictum. Interim eos, vocis *teſtamenti* notionem mire extendiſſe, fide monumentorum medii æui, a pluribus iam probatum eſt. Deſignarunt enim hoc nomine quaſcunque *chartas*, quibus *contractus* continebantur, aut alia negotia præter vltimas voluntates, quæ in *collectionibus diplomatum* in magno numero obuiæ ſunt. Idem iam obſeruauit HEINECCIVS *elem. iur. Germ. tom. I. lib. II. tit. VII. §. 180. in nota*, vbi inſigne teſtimonium e *canonibus* ABONIS *Abbatis cap. VII.* ex MABILLONII *analect. tom. II. p. 266.* adduxit, quod adſertionem hanc præ ceteris optime probat: *Teſtamentorum*, inquit ABO, *alia fiunt dotis nomine, alia hereditatis donatione, alia de rebus eccleſiæ, quas abalienari eſt difficile et dicuntur precariæ. Exceptis his ſunt præcepta regalis, id eſt imperialis iuſſionis auctoritate roborata, quibus conſentiunt Romani pontificis priuilegia, ſub excommunicationis anathemate decreta.* Sic in L. RIPVAR. *tit. LIX. §. 1. et tit. LXVII. §. 1. teſtamenti venditionis* fit mentio, et in *tit. LX. §. 1.* hac voce *inſtrumentum* vel ſcriptura ſuper *contractu* appellatione *teſtamenti* indigitatur. Plura eiusmodi inſtrumenta inuenies apud horum collectores paſſim, vt GOLDASTVM *in centur. chartar. veter. Alaman. tom. II. n. VII. LXXXVII.* TRITHEMIVM *in chron. Hirſaug. p. 88. edit. vet.* in diplomate HENRICI IV. imp. vt et PERARDVM *in diplomatar. Burgund. p. 15. de anno 817.* Quamuis vero probabile ſit, teſtamenta primum iſtis tantum populis innotuiſſe, qui relicto patrio ſolo Romanas occuparunt prouincias, tandem tamen illa etiam in Germaniam magnam penetraſſe certum eſt. Puto autem hanc iurium nouationem maximam partem *clericis* deberi, qui perſuaſerunt credulis, per legata, eccleſiis et piis corporibus relicta, animæ redemtionem

nem acquiri et ſalutem æternam facilius obtineri poſſe; hinc vix quisquam inuentus eſt, qui non *pro remedio animæ ſuæ*, vxoris, maiorum, aut omnium piarum animarum aliquid Deo et ſanctis eius deputaret ex ſubſtantia ſua. Cum etiam Saxones, veterum morum ſtudioſiſſimi, bona auita ab omni diſpoſitione eximerent, et hoc modo teſtamentis oblationibusque eccleſiis factis, inſignem ponerent obicem, ægre id GREGORIVS XI. tulit, ita vt bulla ſpeciali hunc iuris articulum cum aliis damnauerit, quod exercendis bonis operibus admodum obeſſent, et facultatem diſponendi in fauorem piæ cauſæ reſtringerent. Præcipue autem inualuerunt vltimæ voluntates, poſtquam intempeſtiue ſtudio *iuris canonici* et *ciuilis* dare operam cœperunt; licet hoc in aliis prouinciis ſerius, in aliis vero citius contigerit.

Etiam feminis permiſſa teſtamenti factio eſt.

§. III. ADMISSA ſemel teſtamenti factione in Germania, nec mulieribus denegata eſt. In LEGE WISIGOTHOR. *lib. II. tit. V. l. 10.* legitur: *Quicunque virorum ac* FEMINARVM TESTAMENTA, *donationes, dotes vel quascunque ſcripturas conficit.* etc. Dictionem *teſtamenta* autem accipi de *vltimis* debere *voluntatibus*, patet e rubrica huius tituli, cui etiam ſuffragatur *lib. IV. tit. V. l. 1. et 2.* In Germania magna e diuerſis ſeculis adſunt exempla teſtamentorum muliebrium. Apud FALCKENSTEINIVM *in cod. dipl. antiq. Nortg. p. 52.* exſtat teſtamentum Eliſabethæ de Trenel conditum MCCLXIV. Celeberrimus quondam academiæ huius et ducatus Magdeburgici Cancellarius DE LVDEWIG *in reliq. tom. IV. p. 62.* produxit membranam, qua Leutoldus de Chuenring in Auſtria anno MCCCII. ratum habet teſtamentum vxoris ſuæ. Teſtamentum Annæ de Lentersheim de anno MCCCXXXVI. exhibet

 modo

modo citatus FALCKENST. *p. 173.* Superuacuum foret exempla e recentiore æuo petita cumulare hic, quo ne infimæ quidem ſortis hominibus vtriusque ſexus facultas teſtandi in dubium vocata fuerit amplius, quamque legibus et vſu probatam vsque ad noſtra tempora propagarunt. *(e)*

De Gerada nequeunt teſtari mulieres.

§. IV. QVAMVIS vero maſculos in Germania de bonis quibusdam teſtamenta condere, atque iisdem finibus etiam vltimas feminarum voluntates regi manifeſtum ſit, conſtat tamen ex antiquis Germaniæ legibus non eandem fuiſſe bonorum rationem, vti quidem apud Romanos, ſed quædam fuiſſe a libera diſpoſitione, præſertim feminarum, exemta. Et quia hæc iura paſſim per ſtatuta et leges prouinciales conſeruata ſunt, ideo ante omnia hæc inſpicienda, vt conſtet, quonam ætatis anno, ac de quibus bonis teſtari liceat: in pluribus enim regionibus ex diſciplina antiqua Germanorum, a iure ciuili in eo diſceſſionem factam fuiſſe, obſeruat cum aliis HEINECCIVS *in elem. iur. Germ. lib. II. tit. VII. §. 194. ſeq.* docetque ad qualitatem rerum præcipue eſſe reſpiciendum. Inprimis vtenſilia mulierum, quæ Germanico vocabulo *geradam* vocant, ad filias, aut his deficientibus ad cognatam proximam voluerunt peruenire et extraneos ab illis excludere; adeo quidem, vt hæc illis ſpolia nullo teſtamenti iure interuerti poſſint. *gloſſ.* ad Weichb. *art. 23. Gloſſ.* ad Lehnrecht *cap. 57.* B. STRYKIVS *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. I. c. IV. §. 11.* atque in *V. M. pandect. tom. IV. lib. XXXIX. tit. V. §. 13.* niſi expreſſe iſta, quæ hæc bona ſperare poteſt, in teſtamentum conſenſerit; cum cuilibet liberum

(e) Hæc exempla ſeculi XIII. et XIV. eo magis præferenda et attentionem merentur, quod vſum iuris extranei in Germania per hæc tempora euidentiſſime demonſtrant.

berum sit iuri suo renunciare. CARPZOV. *P. II. const. XIV. def.* 2. Cum enim gerada ex legis dispositione obueniat alicui, hanc nefas esse duxerunt Saxones priuatorum vltimis voluntatibus euerti, quibus præ cæteris antiqui mores sancti fuerant. Imo ne in fisci quidem præiudicium, si forsan nulla filia aut cognata adsit, tale testamentum fieri posse, responso allegato docuit supra laudatus STRYK. *cit. tr. diss. III. c. 3. §. 2.* Quod et de clerico, siue solo, siue cum sorore in gerada matri succedente adfirmandum est, cum eadem iuris ratio pro eo militet. Olim etiam discrimen erat inter clericum beneficiatum et talem, qui nondum officium ecclesiasticum cum reditibus nactus fuerat, ita quidem, vt si filia in capillis i. e. nondum elocata exstaret, hic quidem cum ea æqualiter succederet matri in rebus geradæ, nequaquam vero *beneficiatus*, qui iam aliunde habebat, vnde posset viuere. Hinc in IVR. PROVINC. SAXON. *lib. I. art. 5.* legitur: **Die unberathene Tochter theilet nicht ihrer Mutter Gerade mit dem Pfaffen, der eine Pfründe oder Kirche hat;** cum quo etiam conuenit IVS PROF. ALAMAN. *cap. 253.* Verum hæc dispositio iuris hodie non magis attenditur, ac altera, qua filiæ innuptæ in successione geradæ præferuntur elocatis, siue vti vocantur in *cit. art. 5.* **denen ausgeradeten**, ceu Dn. PRAESES *in I. E. P. tom. II. lib. III. tit. XXVII. §. 23.* docet, et plurium ICtorum consensum adducit. Igitur non dubium est, quin omnes hæ personæ vel coniunctim vel sigillatim facultate gaudeant hodie impugnandi matris testamentum, de gerada, in præiudicium earum testantis temere. Sed alia est quæstio, num mulier geradam donare possit alicui, ac ita spem succedendi in eam proximæ cognatæ interuertere? Hodie quidem otiosum foret in Saxonia de eo velle dubitare amplius, cum

parte II. constit. electoral. c. 14. id ei expresse concedatur; antiqua tamen iura rimanti non leue potest dubium oboriri ob verba SPECVLATORIS SAXONIS *in lib. I. art. 32.* Darum mag kein Weib ihrem Mann eine Gabe geben an ihren eigen oder an ihrer fahrenden Haab, da sie es ihren rechten Erben mit entfremde nach ihrem Tode. ICti Saxonici crediderunt, tantum *donationibus* vxoris marito faciendis modum esse positum verbis hisce; atque ex hoc fundamento permissa est quoque donatio geradæ, dummodo alii, quam marito fiat in *cit. constit. 14. partis II.* Verior tamen SCHILTERI opinio esse videtur in *exercit. XLIII. §. 14. ad ff.* negantis, mulieri liberum fuisse olim per *donationem inter viuos* geradam, quæ verbis fahrende Haab designatur *(f)* vel alia bona immobilia antiqua, qualia ius Saxon. eigen vocare solet, in præiudicium heredum ab intestato alienare, nisi isti consenserint in alienationem. Loquitur quidem *art. 32. lib. I.* quem SCHILTERVS ibi in probationem suæ adducit sententiæ, de viro inter viuos alienante; verum in donatione geradæ eadem iuris ratio adest, quare etiam hanc fuisse irritam ac inanem dicendum est. Sed cuncta hæc obiter tantum.

De portione statutaria nullum valet testamentum.

§. V. QVAE *præcedente* §. diximus de *gerada* et his quæ ei accensentur, iura statuisse, si quis ea aliis relinquere testamento cupiat, quam quibus lege debentur; eadem quo-

(f) Est quidem hæc vox latior, et comprehendit quoque res mobiles quascunque præter geradicas, quod videre licet e verbis SPECVLI SAX. *in iur. prou. lib. I. art. 13.* Sie müssen in die Theilung wieder einbringen mit ihrem Eyd alles das Gut, da sie mit abgesundert waren, ob es fahrende Haab ist, sonder Gerade. *in art. 32. cit.* tamen geradam denotari potissimum, ex integris verbis eius constat.

quoque hic repetenda sunt de *statutaria* coniugum *portione.* ICti hoc nomine istam bonorum partem designant, quam secundum leges prouinciales vel statuta cuiuscunque loci coniux præmoriens superstiti ex omni, quam possidet, substantia debet relinquere. Ius ciuile hanc portionem ignorat penitus, nisi quod *quarta bonorum*, coniugi pauperi relinquenda, nomine *legitimæ portionis* pariter appellari possit quodammodo, ceu supra diximus *§. 11. cap. præced.* Est vero portio hæc adeo priuilegiata, vt nullis testamenti tabulis vel alio modo a moriente alteri possit eripi, vel minui; quin potius hic vsum habeat regula in *nouell. XXII. c. 33.* dictata: *quod ex legibus datum est lucrum, priuatus auferre modis omnibus non valebit.* Ex iisdem principiis augustissimus legislator Saxonicus, AVGVSTVS elector, in *P. III. const. VII.* maritorum testandi facultatem pariter circumscripsit limitibus, statutariæ portionis intuitu; et, ne quis putet forsan viris tantum, non æque autem *feminis* hanc legem dictam fuisse, in fine laudatæ constitutionis addit sequentia: **Wie denn auch gleichergestalt hinwiederum dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem überlebenden Ehemann aus ihren Gütern zustehet, durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern.** Inde fluit, coniugem præmorientem hanc statutariam portionem neutiquam legatis vel fideicommissis *directo* onerare posse, in præiudicium superstitis, cum ei ne diminuere quidem istam per *cit. verba* constitutionis concedatur; diminutio vero haut minima sit, quæ fit per impositionem legati aut fideicommissi IASON *vol. II. consil. 181. n. 3.* MATTH. BERLICH. *part. III. concl. 9. n. 25. et 26.* Iure Saxonico intuitu mariti ad hanc portionem referuntur præcipue *res vxoris mobiles*, excepta gerada, quæ mortua vxore marito

 pleno

pleno iure deferuntur. *I. P. S. lib. I. art. 31. et ibi glossa lat. ad text. germ. lit. d.* et *lib. III. art. 76. post. princ.* Si igitur inuito marito vxor de hisce rebus testari vellet, in fauorem cuiuscunque alterius personæ, testamentum tale irritum fore, manifestum est. Equidem BERLICHIVS arbitratur, mulieri testandi facultatem tunc non posse denegari, si omnis eius hereditas in *bonis mobilibus* consistat, dummodo hoc casu tertiam partem tanquam legitimam ex istis bonis relinquat viro; verum fauor testamentorum, qui Romæ inualuerat olim, non debuit eum a tramite recti reducere, sed potius rectius fecisset, si ius Germanicum ex principiis propriis et domesticis illustrasset, et peregrinos riuulos dereliquisset; testamentorum enim ignaram penitus fuisse Germaniam antiquam, iam *§. 1. huius cap.* diximus; ideoque tales consuetudines vel leges, cum quibus libera testamenti factio stare nequit, apud nos neque iniustæ vocari merentur, neque absonæ. Ceterum in BERLICHIO confutando tempus non consumam, postquam mihi in hac re iam otium fecit CARPZOVIVS *P. III. c. 7. d. 4.* cuius sententiam, vt veriorem, hodie nemo forsan in dubium vocabit. In constitutione Marchica: **von Erbfällen zwischen Eheleuten**, superstiti dimidia pars bonorum defuncti addicitur hisce verbis: **Setzen und ordnen, welches von Eheleuten des andern Tod erlebet, behält nach alter Gewohnheit das halbe Gut an liegenden Gründen und fahrender Haabe.** Igitur hæc bonorum portio ex lege debetur, et priuata alterius voluntate alteri aufferri nequit vel testamento, vel aliis modis. vid. KOHLIVS *in declar. constit. huius qu. XI.* qui argumento *authenticæ*: *Præterea*, suam probare sententiam nititur. Mihi verior ratio huius iuris ex antiqua communione bonorum petenda videtur, cuius olim in plerisque Ger-

maniæ regionibus vſus viguit. Negat quidem *qu. 1.* KOHLIVS, huic hodie locum eſſe amplius in Marchia; verum ea, quæ in contrarium adfert, tantum probant, ius ciuile, et ſigillatim *l. 29. C. de iur. dot.* turbaſſe mores patrios, ac inde communionis bonorum antiquæ inter coniuges non omnes effectus hodie exſtare amplius. conf. Dn. PRAESIDIS *I. E. P. lib. IV. tit. XX. §. 37.*

Quid? ſi maritus renunciauerit iuri ſuo.

§. VI. CVM vero nemini inuito legis beneficium obtrudatur, quin potius cuilibet liberum ſit iuri in ſui fauorem introducto renunciare; inde ſequitur, vxoris teſtamentum valere etiam de *portione ſtatutaria* conditum in præiudicium mariti, dummodo ſuum conſenſum in hoc dederit, ſine dolo vel aliis modis illicitis impetratum. Si igitur mulier hanc facultatem diſponendi, de bonis eius generis vel omnibus vel quibusdam tantum, reſeruauerit ſibi in pactis dotalibus, tabulæ de his factæ poſtea impugnari nequeunt, cum ius illud primario priuatorum commodis proſpexerit, reipublicæ commodis autem tali diſpoſitione primario non officiatur, nec eius interſit, qualemcunque partem maritus ex bonis vxoris acceperit. Pacta igitur hæc renunciatiua bonis moribus hodie minime ſunt contraria, qualia olim etiam ſe ſeruaturum prætor edixit in *l. 7. §. 7. D. de pact.* quod in Germaniæ foris eo magis obſeruandum eſt, quo magis remota ſunt iura noſtra a Latii ſubtilitatibus in pactorum materia excogitatis; atque notiſſimum eſt, maiores noſtros in paciſcendo nullam aliam normam habuiſſe, quam naturalem æquitatem, quam ſana ratione magiſtra didicerant. Idem defendit CARPZOVIVS in *P. III. c. 7. d. 13.* allegato præiudicio, quo teſtamentum mulieris ſub hiſce conditum circumſtantiis pro valido omnino declaratum eſt.

§. VII.

De dotalitio testari femina non liberum est.

§. VII. Moribus etiam antiquissimis inualuit apud Germanos, vt mariti, vxores ducturi, illis siue ante siue post nuptias, certa adsignarent bona, vnde morte dissoluto coniugio viuere ac tueri suam dignitatem possent. Vocabantur ista *dos maritalis*, cuius constitutio ab *ingenuis*, seu, vt hodie appellantur, *nobilibus*, haut videtur facile neglecta fuisse, imo inter infimæ fortunæ homines non inusitata erat penitus, ceu constat e LEG. BVRGVND. *additam. primo tit. XIV. de Wittemon. §. 2.* Huius dotis plenum olim dominium transferebatur in vxorem, cum facultate, illud pro lubitu per vltimam voluntatem alienandi quoque. Patet id e LEGE WISIGOTH. *lib. III. tit. I. l. 5.* vbi de ista testari mulieri permittitur, marito eius superstite adhuc, dummodo nullos ex eo relinquat liberos; isto autem defuncto mulieri, si filios ex eo habeat, non nisi de *tertia dotis maritalis parte* poterat mortis causa disponere, cæteris duabus tertiis filiis relictis, quod constitutum legitur in *lib. IV. tit. V. l. 2.* Eandem disponendi facultatem vxoribus competentem probant et egregie illustrant duo medii æui monumenta a B. Cancellario DE LVDEWIG iam in alium finem adducta olim in *dissert. de dote mariti pag. 18. seq.* Primum horum est instrumentum dotale, quod edidit EDMVNDVS MARTENE *in anecdot. tom. I. ad ann.* M. XXIII. *pag. 142.* *Ego Reinaldus, comes Senonensis volo coniungere mihi mulierem, nomine Luuillam; sed præcipiunt leges humanæ sponso, sponsam suam ex propriis dotare. Ideoque ego sponsus ex proprietate mea concedo tibi, sponsæ meæ etc.* Villas quasdam et pagos cum aliis rebus hic Reinaldus nominat, quibus sponsam suam dotat; additur porro: *Hæc omnia per hanc donationem dono tibi sponsæ meæ, vt exinde* LIBERAM HABEAS POTESTATEM FACIENDI. Dictio *donationis*, qua REINALDVS vtitur,

vtitur, neminem mente turbabit, qui nouerit, etiam *dotes* nonnunquam ita dictas fuisse a ICtis plus quam semibarbaris. Deinde MONACHVS BRAVVILLARIENSIS *cap. I. §. 7.* refert exemplum cuiusdam Ezonis vxorem suam dotantis, sequentibus: *Praeterea fertur, quod Ezo ramusculum arboris, eiusdem terrae inuolutum cespite, acceperit, et cum eodem Brauuilrense praedium et alia proprii iuris plura suae venerabili sponsae, Elisabethae, in dotem tradiderit. Illa dotem hanc suam ecclesiolae donauit S. Medardi. Idemque ramusculus in boni testimonium facti longa viroris gratia iucundus permansit.* Quis vero dubitaret, Elisabetham testamento disponere nequiuisse de dote sua maritali? quam tamen per donationem inter viuos contulit ecclesiae. Apud Saxones tanta libertas vxoribus minime fuit concessa in bonis eius generis, sed iisdem tantum vtendi fruendi facultas, donec vixerint, data, salua viro, liberis, aut proximis cognatis proprietate *tit. VIII.* LEG. SAXON. Sed aliis hodie moribus viuitur in Saxonia; nam ibi loco *dotis maritalis* vel *dotalitii* (quae verba idem significant) non res immobiles vxor accipit, sed *quadruplicatas* vsuras dotis illatae et in feudum versae, si praeterea similem et aequalem quantitatem loco donationis propter nuptias maritus vxori promiserit: ita tamen, vt has percipiat demum post obitum viri sui, nec vllo tempore dotem possit repetere, quae ita mortua muliere apud heredes feudales manet. Verum enimuero, cum vsurarum perceptio instar vsusfructus sit aliarumque seruitutum personalium, quae morte illius, cui fuerunt concessae, finiuntur, *§. 3. Inst. de vsufr. l. 5. pr. ff. l. 14. C. quibus mod. vsusfr. vel vsus amit.* manifestum est quoque, mulierem tale dotalitium legare testamento nequire, quo, quamdiu viuit,

gaudet tantummodo. CARPZOV. *P. II. c. 42. d. 2.* STRVVIVS *in iurisprud. feud. cap. XX. §. 11.* Eodem iure aestimandum est ita dictum *ius virginum* in ducatu Megapolitano vsitatum; quod in eo consistit, vt filiae nobiles vltimi vasalli, sine prole mascula decedentis, in feudis paternis *vsumfructum* habeant ad dies vitae, qui testamento nequit in alium transferri, sed potius finitur penitus vsufructuariae morte. Auctor huius iuris fuit ALBERTVS dux, qui illud anno MCCCXCV. introduxit in terris hisce. Plura de eo habet TORNOVIVS *de feud. Megapolit. p. 211. seq.* et MVLLERVS *in dissert. de iure virgin. nobil. Megapol. in feud.*

Num femina, feudum femineum possidens, testari de eo possit?

§. VIII. PAVCIS adhuc, antequam progrediamur ad alia, disquirendum est, numne liceat mulieri de *feudo femineo*, quod patria lingua Kunckel-Lehn vocatur, vel de eo, quod *promiscuae successionis* est, per vltimam disponere voluntatem? quod negandum est ideo, quoniam feudum in vna qualitate improprium, h. e. a communi feudorum natura declinans, non statim etiam in alia pro tali habendum est; cuius theseos veritatem agnouit B. STRVVIVS *in iurisprud. feud. cap. XII. §. 16.* Verum magis adhuc doctorum feudalium animos distrahit quaestio, *anne inter liberos saltim vasalli (vel vasallae) valeat de feudo testamentum?* quod affirmant secundum *ius Longobardicum*: non aeque *Germanicum.* Liberi enim in feudo antiquo siue ex *pacto et prouidentia maiorum* ius quaesitum habent *iure Germanico*, quod eis neutiquam paternis maternisue vltimis tabulis eripi potest. STRYKIVS *in exam. iur. feud. c. XIV. qu. 5.* VVLTEI. *c. XIX. n. 78.* Deinde etiam ius tale liberis dat inuestiturae formula: Wir beleihen ihn vor sich und seine (männliche) rechtmäßige Leibes-Lehens-Erben. Puto igitur tale testamentum aeque improbari, ac si quis de *fidei-*

com-

commisso familiae testari cuperet, quod tamen ad nullas alias personas potest peruenire, quam in quarum illud gratiam constitutum est. *l. vlt. §. 2. C. commun. de legat. et fideic.* B. STRYK. *de caut. testam. c. V. m. 3. §. 7.* Igitur hic simpliciter ad qualitatem feudi respiciendum, an sit *testabile* nec ne? cuius generis plura in Lusatia reperiuntur. Deinde ICti aiunt, dari vasallo hanc potestatem, si litterae inuestiturae verba contineant: **mit dem Lehen-Gut zu thun und zu lassen, wie er wolle;** vix enim putant dubitandum esse, quin vasallus, qui *inter viuos* feudum suum potest alienare, etiam de eo testamento disponendi facultate gaudeat. STRYK. *de caut. testam. c. VI. m. 2. §. 13.* Verum minus tuta haec formula est, stricte interpretanda: neque enim ab alienatione inter viuos concessa, semper ad testandi facultatem aeque indultam concludendum est. Certius de ista tunc constat, si in dictis litteris ita scriptum fuerit: **Geben ihm auch Macht über diese genannte Lehen-Stücke (mit oder ohne unsern Vorbewust) durch letzten Willen zu disponiren;** tunc enim nullus dubitandi locus superest. Si igitur femina feudum sub tali possidet conditione, testandi eidem iura negantur frustra; alias autem nequaquam idem ei concedendum, siue in liberorum siue in aliorum praeiudicium ista hoc affectet; cum quicquid non iure factum fuerit, merito iniuria dicendum sit, definiente ICto in *l. 5. §. 1. D. ad L. Aquil.*

§. IX. INVALVERAT etiam Romae olim, vt mulieres maritos suos repudiarent; vsu continuo prauitati morum patrocinante, adeo vt iam SENECA scripserit *lib. II. de benef. c. 16. Numquid iam vlla repudio erubescit, postquam illustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero, sed*

Mulier de dote nequit testari, quam per LL. amisit.

maritorum, annos suos computant; et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii. Minime ferenda imperatoribus christianis talis videbatur licentia, ideoque omnem mouerunt lapidem, vt restringerent hanc diuortiorum frequentiam. Ideo THEODOSIVS iun. et VALENTINIANVS III. *in l. 8. §. 4. C. de repud.* sanxerunt, *vt mulier, si contemta lege repudium mittendum esse tentauerit, suam dotem et ante' nupt. donationem amitteret, nec intra quinquennium nubendi haberet denuo potestatem.* Inde ergo non dubium est, talem mulierem etiam facultatem de *dote amissa* testamentum faciendi perdidisse penitus. Simile ius et tunc obtinet, si malitiose virum deseruerit, neque reconciliata postea fuerit eidem, siue id fiat ob causam fornicationis, siue quamcunque aliam, legitimam tamen. Statuit enim pontifex in *c. 4. X. de donat. inter vir. et vxor.* nulli in tali causa repetitioni dotis locum esse, etiam mortuo marito, et ista ab aliis heredibus eius possessa. Adulteras vxores dotis priuatione pariter leges ciuiles puniuisse, notum est. In iure Germanico, vbi communio bonorum obtinet, amittit suam portionem statutariam, mores confirmante pontifice in *c. 10. X. de consuetud. In statutis Hamburgens. P. III. tit. 3. §. 11.* nihil eiusmodi feminae reseruatur e bonis viri amplius, quam eo defuncto alimenta necessaria, denegato omni alio iure, quod ei competere potuit in bonis, communibus alias. In aliarum prouinciarum praxi in casu adulterii eandem huius portionis amissionem obtinere plures testantur ICti passim, vt CARPZOV. in *praxi crim. P. II. qu. 64. n. 32.* SANDE *lib. II. tit. V. d. 7.* aliique, quorum nomina citat Dn. PRAESES in *I. E. Prot. lib. IV. tit. XX. §. 38.* in quo demum opere Euangelicis genuina praxis iuris canonici in foris suis et caussis ecclesiasticis monstrata est, ipsis aduersae partis asseclis id fatentibus.

tentibus. Hi igitur casus allegati exceptionem faciunt a regula, supra *ſ. V.* firmata, vbi exulare testamenta diximus in portione coniugum statutarsa. Integra enim facultas testandi omnino danda est parti innocenti, si alter criminibus suis eius amissionem meruit; neque enim aliquis effectus legitimi matrimonii superesse potest, si sacrum eius vinculum alter coniugum ruperit sua perfidia.

§. X. RVSTICORVM testamentis ob ignorantiam horum insignem iam olim ius singulare præscripsit IVSTINIANVS in *l. vlt. C. de testam.* quinque ibi testibus, ampliori numero deficiente, contentus; neque discrimen statuit inter virorum et mulierum vltimas voluntates; vtrique igitur sexui priuilegium hoc commune fuit. Idem etiam in Germanico imperio sancitum est, per *Receſſ. imp. de anno 1512. tit.* von Testamenten §. und sollen die Notarien, hisce verbis: und auf dem Gaw, wo die Bauers-Leute Testament machen, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs wenigste fünf Zeugen &c. In terris Anhaltinis testamentum coram duobus factum testibus valere testatur CARPZ. *P. III. c. 4. d. 41.* citato præiudicio. In prouinciis Saxonicis extra electoratum firma sunt testamenta, quæ condunt rustici, dummodo coram parocho et duobus testibus, licet non rogatis, facta fuerint, COLER. *decis. 35. n. 4.* RICHTERVS quatuor testes ait requiri, si parochus loci non adfuerit, *decis. 26. n. 6.* sed sine solido fundamento. conf. etiam HIERON. SCHVRFF. *cent. III. consil. 58. n. 9.* Extendunt DD. ius illud ad nobiles, parochos aliosque ruri degentes, qui tamen rustici non sunt, neque inter sexum distinguunt; hæc autem extensio ideo admittenda est, quia non tantum ob ignorantiam testatorum, sed ob raritatem hominum in pa-

Quid iustum sit circa rusticorum testamenta.

gis obuiam, id indultum eſt, vti eti n ſupra *cit. verba Receſſ. imp.* hoc docent.

Iura ſtatutaria circa teſtamenta mulierum.

1) HAMBVRGENSE.

§. XI. IVRE Hamburgenſi teſtamenta faciunt teſtatores coram duobus ſenatoribus et ſecretario, a regente conſule rogatis ad hunc actum, vid. STAT. HAMBVRG. *P. III. tit. I. art. I.* liberum tamen cuiuis eſt ſecundum ius ciuile teſtari, ſi maluerit. *ibid. art. III.* Præterea a iure Romano declinarunt in eo, quod ante XVIII. annum ætatis nemini, cuiuscunque ſexus ſit, liceat teſtari, vid. *art. XIII.* imo amplius curatorem requirunt in teſtamento mulieris, ſiue extra matrimonium viuat, ſiue coniugata ſit. *ibid.* et *art. XIV. et XVII.* Quamuis etiam Romæ de omnibus bonis teſtandi facultas competeret, quæ non in nexu fideicommiſſario erant, tamen in hiſce ſtatutis inſignis facta eſt differentia inter bona *hereditaria*, Erb=Gut, et *acquiſita*, wolgewonnene Güter; ita vt de vltimis tantum teſtamenta valeant, neutiquam vero de prioris generis, ſine proximorum heredum conſenſu *art. IV. ibid.* ad quam claſſem non modo bona a parentibus vel aliis aſcendentibus accepta referunt, verum etiam iſta, quæ teſtator a cognatis proximis, in quorum bonis ſpem ſuccedendi habuit, vel hereditatis nomine, vel dotis, aut ad inſtruendam œconomiam accepit, ſecundum *art. VII.* Neque in vllo articulo inter bona mobilia et immobilia diſtinguitur; vnde patet, ſecundum ſtatuta hæc non magis permitti teſtamenti factionem de pecunia ex maiorum vel cognatorum hereditate accepta, quam de rebus immobilibus.

2) BREMENSIA.

Statuta BREMENSIA in plurimis conſpirant cum Hamburgenſibus, in illis, quæ ad teſtamenta pertinent. Conduntur enim ibi coram duobus ſenatoribus, idque ex vetuſtiſſima conſuetudine. *Gloſſ. Kreſſtingii ad tit. IV.*

IV. de testam. STATVT. BREM. Deinde de nullis aliis bonis, quam *de acquisitis* tantum testari licet, et quidem absque distinctione inter mobilia et immobilia, vid. *statut. X. §. 1. h. t.* et *ibi glossa.* Quid vero, si mulier extra vrbem Bremam vixerit, poteritne testari de bonis hereditariis, quæ in Bremensi districtu possidet, secundum mores regionis, vbi moritur? quod negandum est, quia hoc in fraudem iuris statutarii fieri posset alias, atque ita gentilitia successio facili opera euerti penitus, *arg. citat. stat. X. §. 1.* (g) nec etiam fieri hoc potest, quamuis bona, si in mobilibus consistunt, in aliam prouinciam mutato domicilio secum duxerit, quia per translationem in alium locum bonorum natura minime mutatur, quæ semel genti ex primæua acquisitione acquisita est, atque ita ius perfectum in ea illis est acquisitum, quod illis fraudulenta tali mutatione domicilii interverti nequit. Eodem quoque iure ferme vbique viuitur in Saxonia inferiore. vid. IVS LVBEC. *lib. I. tit. X. art. 6.* IVS PROV. DITHMARS. *art. XXVII.* STATVT. MINDENS. *lib. II. tit. I. art. V.* Feminas perpetuæ tutelæ subiiciunt vel cognatorum vel maritorum, quamuis XV. anno ætatis tutela pupillaris finiatur, de LVDEWIG in dissert. *de ætate legit. puber. et maior. cap. IV. §. 11.* tutores tamen hi neutiquam videntur tanta auctoritate pollere, vt testamenti factionem mulieris impedire possint, si vel maxime vel-

(g) Æquitatem huius sententiæ agnitam fuisse in Comitatu Oldenburgico docet *art.* 49. in den Stadt- und Buttiadinger Land-Recht his verbis: Stürbe einer an fremden Orten, und hätte ein Testament nach desselben Orts Recht gemacht, sol dasselbe zwar, so viel die disposition über die zugewonnene Güter betrifft, die seyn befindlich, wo sie wollen, gültig seyn, aber in den hiesigen Orts hinterlassenen Erb- und Stamm-Gütern die nächste Befreundte bey den legatis und sonsten weiter nicht, dann nach diesen Land-Rechte, laut vorhergehender Articul, verbinden.

vellent. HERMAN. HAKIVS in differt. *de iure femin. Bremenſ. c. III. §. 4.* Hæc tamen ſingularia obſeruanda veniunt circa teſtamenta vxorum, quod nihil eis liceat teſtamento alienare, præterquam tria veſtimenta, ſine gemmis tamen aut vnionibus, quibus olim veſtes muliebres dicuntur ornatæ fuiſſe. Sic enim in *ſtatut. XIII. cit. tit.* legitur: **hefft ene Fraw enen Mann, und würde ſe ſeeck, ſe mag gewen dree Stücke von öhren beſten Kledern, wor dat ſe will, mit allen Dingen, alſo alſe idt getragen hefft, ſonder Bratſen, wente man de afftſpannen mag.** Quod autem non de pluribus poſſint teſtari, ratio forte hæc eſt; quoniam ibi obtinet communio bonorum inter coniuges per *ſtat.* VII. *et argum.* **Ordeel.** *86.* quæ nimium turbaretur per talem vltimam voluntatem, intuitu ſcil. mariti ſuperſtitis. Quamuis viris ſine liberis morientibus de dimidia acquiſitorum portione teſtari permiſſum ſit. *Gloſſ. ad §. 1. ſtatut. X. arg.* **Ordeel.** *86.* Liberum eſt quoque parentibus, liberos iam ſeparatos plane præterire teſtamento, de quo in *ſtat. XI.* ita legitur: **ſo wohr en Borger is ſunder Wyff, edder en Borgerſche ſunder Mann, de öhre Kinder hebbet van öhne deelet, edder beraden, de mögen wohl mit öhrem Gude, edder mit öhrem Erwe, dat öhme blifft, doen wat ſe willen.**

Iura teſtamentaria in comitatu OLDENBVRGICO.

§. XII. CORONIDIS loco addenda adhuc ſunt iura quædam teſtamentaria, quorum vſus in COMITATV OLDENBVRGICO viget præcipue. In iure prouinciali, quod **Würder Land-Recht** vocatur, de anno MDLXXIV. *art. XVIII.* prohibetur alienatio bonorum (**Erbe Güder**) quocunque iſta modo fiat, niſi proximi heredes id ſciuerint ac conſenſerint. Vnde ſequitur, non valere teſtamenta in præiudicium heredum ab inteſtato facta; cuiuscunque

iuscunque conditionis aut sexus fuerint testatores. In iure prouinciali des Stadt und Butjadinger Landes ab ANTHONIO GVNTHERO comite anno MDCXVI. reuiso et confirmato *art. XVI.* et *art. XXXIV.* idem sancitum est, si bona hereditaria immobilia fuerint; ad alia autem hæc restrictio minime extenditur. Quod si vero bona quædam testator ipse acquisiuerit, de illis, quocunque voluerit modo, et inter viuos et mortis causa disponere non prohibetur dummodo *XXI. annum* ætatis excesserit, quo termino maiorennitas in hisce prouinciis, vti in superiore Saxonia, definita est; neque sexus diuersitas in hoc iure attenditur; vtrique enim commune est, per *art. XVI.* Quænam ibi bona pro hereditariis habeantur, declaratur *art. XVII.* Unter solchen Gütern sind zu verstehen, welche in auffsteigender, niedersteigender und Seit-Linien, so wohl im nächstem als fürteren Grad ihren Anfang und Ursprung haben, und von dem Besitzer selbst nicht zugewonnen sind. Hæc tamen libertas in bonis eius generis relicta est testatoribus, vt vno aut altero proximorum heredum præterito, qui ab intestato fuisset successurus, vni aut pluribus ista legare possint; dummodo hi in partem hereditatis simul cum exclusis venturi fuissent, per *art. XLII.* Obiter tantum hic addo, secundum Bremensia statuta et communionem bonorum, quam ibi inter coniuges vigere dixi *§. præced.* matrem in bonis defuncti mariti permanere ac residere, quamdiu in viduitate permanserit; alias autem retinet eorum administrationem perpetuam, nisi a tramite virtutis deflexerit, aut negligentia sua vel prodigalitate ista dilapidauerit. Etenim in STAT. BREMENS. *tit. V. §. 2. ibique stat. VII.* hac de re ita cautum est: und holt sick die Fraue woll und ehrlick nach öhres Mannes Dode, so schall sie freylicken sitten mit öhren Kin-

dern ꝛc. Verum enim vero in *Oldenburgicis terris* omnia hæc ex aduerſo ſe habent; liberi enim ſoli ſuccedunt in bonis hereditariis parenti; et ſi vel maxime pacta dotalia exſtent ſub formula: länger Leib länger Gut, hæc tamen nihil operatur amplius, quam vt ſuperſtes ad dies vitæ vſufructu gaudeat in bonis defuncti coniugis, per *art. LXIX. iur. prou.* STADENS. et BVTTIADING. His ergo pactis deficientibus ius commune locum habet tantum. (*b*) Hæc quidem ſunt, quæ hoc capite pertractare placuit; quod ſi enim quis plurium Germaniæ prouinciarum iura et conſuetudines vellet excutere, non dubium eſt, quin adhuc copioſiorem meſſem facere poſſet, quæ tamen diſſertationis modum ſuperaret. Malui igitur paucioribus paginis hic ſubſiſtere, quam prolixiora tradendo et plura ex ſtatutis colligendo patientiam lectorum fatigare, quæ ſingulorum induſtria facili opera addet.

EXER-

(*b*) Plures inter ius Oldenburgicum et ſtatuta Bremenſia differentiæ adſunt adhuc, quamuis in non paucis, ad antiquam iurisprudentiam Germanicam pertinentibus, miram quandam harmoniam in eis obſerues. Sic recedunt ab inuicem in iure ſucceſſionis liberorum; hæc enim Bremæ, patre iam præmortuo, matri vindicatur per *ſtat. XIX. §. 11. tit. V. de ſucceſſ. ab inteſt. et ſtat. VII. §. 19.* ſecundum iuris parœmiam: Das Erbe fället der Mutter im Schoß. In I. PROV. STADENSI ET BVTTIADING. autem *art. LVI.* partem capit tantummodo, qui ex parentibus viuit adhuc, ex hereditate filii vel filiæ defunctæ, ſecundum normam in *cit. art.* declaratam ſequentibus: Da aber ein Theil bereits verſtorben, die von deſſen Seiten herrührende und von demſelben auf das hinterlaſſene und nachgehends verſtorbene Kind vererbete Stamm-Güter (ſollen) zur Helffte den überlebenden, und zur übrigen Helffte den nechſten Anverwandten von des verſtorbenen Seiten heimfallen; die zugewonnene Güter aber ohne Unterſcheid ihnen, den Eltern, ſie leben beyde oder nur eins davon, jedoch zunebenſt des verſtorbenen Kindes vollbürtigen Brüdern und Schweſtern, als welche ſothane Güter mit den Eltern in capita . . . zu theilen haben, heimfallen.

EXERCITATIO LXXV.
AD LIB. XXVIII. PAND. TIT. I.
DE
TESTAMENTO NON PRAELECTO.

ARGVMENTVM.

I. Cura Romanorum pro seruandis secretis testamenti. II. De Captatoriis institutionibus, et pœna recitantium alienas voluntates. III. Transitus ad materiam de prælectione testamenti. IV. Explicatur Rubrica, et quid sit prælectio? V. Quatenus in testamento Cæci sit necessaria. VI. Ratio plenius excutitur. VII. An testamentum cæci sit nuncupatiuum nec ne? VIII. Correctio Nouell. Leon. 69. improbatur. IX. Prælectio etiam in testamentis Cæcorum priuilegiatis est necessaria, X. Et in testamento imperiti literarum. XI. Dissentientis Cothmanni ratio adducitur. XII. Secunda ratio dissentientium XIII. Tertia. XIV. Quarta. XV. Quinta. XVI. Sexta. XVII. Septima. XVIII. Octaua. XIX. Nona. XX. Sententia vera et status controuersiæ proponitur. XXI. Probatur 1) ex iuris naturæ principiis. XXII. Separanda iuris naturæ requisita a solemnibus iuris ciu. XXIII. Applicatio ad quæstionem propositam XXIV. 2) ex principiis iuris ciuilis et regulis bonæ interpretationis XXV. ICti deficientibus legum verbis ad legitimam procedunt interpretationem.

XXVI. Ratio legis pro lege accipitur. XXVII. Applicatio deducitur 1) a rationis generalitate in l. 8. C. qui test. fac. poss. XXVIII. 2) a rationis identitate. XXIX. Resoluitur prima obiectio a diuersitate rationis desumta. XXX. Altera, a casibus expressis. XXXI. Sæpe in iure quid exprimitur, in simili casu autem omittitur. XXXII. Leges etiam in aliis argumentum prospiciunt imperitis ne decipiantur XXXIII. 3) a necessitate causæ finalis. XXXIV. Conclusio ex argumentis formatur. XXXV. Autoritas Dd. adducitur. XXXVI. Respondetur ad rationes dubitandi et quidem ad primam. XXXVII. Ad secundam. XXXVIII. ad tertiam XXXIX. ad quartam XL. ad quintam XLI. ad sextam XLII. ad septimam XLIII. ad octauam XLIV. ad vltimam. XLV. Formatur noua quæstio: an etiam hæc prælectio in testamento iudicialiter ab imperito literarum conditio sit necessaria? XLVI. Respondetur obiectionibus XLVII. XLVIII. adducuntur quædam responsa hanc rem illustrantia. XLIX. Quatenus prælectio sit necessaria in testamentis eorum, qui linguam, in qua testamentum est conceptum, non intelligunt. L. Conclusio.

§. I.

Conqueruntur hodie haud pauci, rationem condendi vltimas voluntates nimis esse subtilem et intricatam, rectene an secus? vel illi iudicabunt, qui oculos amore iuris Iustinianei non planæ occæcatos ad ipsam praxin dirigunt, et vno intuitu in infinitos controuersiarum scopulos se incidisse testantur. Ego quidem rationes hic coacervare desisto, ne præiudiciis districtos offendam. Id tamen præter-

prætermittere haud licet, quod LL. Romanæ, quo magis laborarunt de teſtamenti ſolennitatibus extrinſecis, (quo ipſo non poterat non omnibus innoteſcere, hunc vel illum teſtamentum condidiſſe) eo maiorem ſimul adhibuerint curam ad præcauendum, ne *diuulgarentur ſecreta* teſtamenti, ſed vt voluntas vltima ſemper in ſecreto repoſita maneret. Notum eſt, quod ideo forma in ſcriptis teſtandi ab imperatoribus adinuenta et introducta ſit, vt nulli conſtaret, quid in teſtamento ſcriptum eſſet, ſeu imperatores Theod. et Val. *in L. hac conſultiſſima 21. C. de teſtam.* fatentur. Sufficit enim ſcriptam voluntatem offerre teſtibus præſentibus ſignandam et ſubſcribendam, non inſpiciendam. Hinc arcano modo teſtamentum condere idem eſt, ac in ſcriptis teſtari ſecundum *Nou. Leon. 69.* Et teſtamentum in ſcriptis Græcis dicitur μυστικὴ διαθήκη. vid. Goth. *in not. ad cit. Nou. lit, d.* Eadem ratione teſtamenta ſæpiſſime dicuntur in LL. iudicia ſecreta *L. 1. §. 38. ff. depoſ. L. ſi quis teſtamentum 41. pr. ff. ad leg. aquil.* Secretum voluntatis *L. captatorias 70. ff. de hered. inſt.* Et hactenus reipubl. Romanæ facies alias vix admittebat regulas, cum heredipetarum frequentia et aſtutia ad captandas alienas voluntates ſemper procliuis aliter coerceri non poterat, quod ipſum fuſius tum ex antiquitate Romana tum ipſis legibus probatum dedit THOMASIVS duplici diſp. vna *de iur. iniuſt. hered.* altera *de captat. inſtit.* ad quas duas egregias diſputationes B. L. breuitatis ſtudio ablego.

§. II. Illud ſaltim ad præſentis materiæ elucidationem inde annoto, quanta cura præcauere voluerint legiſlatores *prælectionem*, ſæpiſſime fraudibus heredipetarum per captatorias inſtitutiones elicitam, qua ſcilicet ita heredem ſcribe-

 bant

bant eum, cuius hereditatem captarent, vt qua ex parte ille eum heredem scriptum in tabulis suis recitauerit, ex ea parte quoque heres esset. *L. 1. ff. de his qu. pro non scr. L. ille autem. 71. §. 1. ff. de hered. inst.* Vt adeo secundum *L. 70. ff. eod. tit.* captatoria institutio illa demum esset, *cuius conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis*, seu ad cognoscendam alterius in testamento secreto expressam voluntatem. Ad euitandas has et similes fraudes testatorem LL. noluerunt adstringere ad prælectionem testamenti coram testibus, sicut omnes captatorias institutiones improbarunt. *LL. cit.* Quid quod peculiares actiones constitutæ sunt in eum, qui iudicia secreta eius, qui testatus est, diuulgare tentauerit; veluti qui tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsentibus legit, nam et actione in factum et iniuriarum tenetur, siquidem iniuriæ faciendæ causa secreta iudiciorum publicauit, *L. si quis 41. ff. ad leg. aquil. L. 1. §. si quis tabulas 38. ff. de depos.* vt et actione de dolo. *l. si quis tabulas 35. ff. de dol. mal.* Imo qui viui hominis testamentum aperuisse conuictus est, legis Corneliæ pœna tenetur *l. 1. §. 5. ff. de leg. Corn. de fals.*

§. III. Quamquam huiusmodi dispositiones sua constent ratione, non tamen ratio secreto modo testamenta ordinandi ita perpetua est, vt testator certis in casibus non possit adstringi ad indicandam testibus suam vltimam voluntatem, vt videlicet illis innotescat, quid in testamento illo scriptum sit, et ita omnis ratio circumueniendi testatorem eo magis remoueatur. Sane in testamento nuncupatiuo illud non inter postrema habendum, quod heredis manifestatio palam verbis ore prolatis fieri debeat, vt audiant omnes qui adsunt *l. hac consultissima 21. §. et l. in testamentis 26. C.* de

de test. ibi : *ſimul omnibus manifeſtam ſignificantis ad quod ſubſtantiam ſuam peruenire velit.* Ex quo manifeſtum eſt, ad naturam teſtamenti in genere non præciſe neceſſariam eſſe occultationem coram teſtibus, ſed illam ſaltim a legibus indultam eſſe maioris ſecuritatis gratia per modum teſtandi in ſcriptis. Sed tamen et hic aliquando neceſſe eſt, vt teſtibus per prælectionem innoteſcat, quid in teſtamento ſcriptum ſit, quos caſus notaſſe ac excuſſiſſe vtile et fructuoſum erit. Et cum in hac materia tota noſtra diſputatio verſetur, quæ quo frequentius in praxi ipſa occurrit, eo magis impedita et obſtructa eſſe videtur, operam dabimus, vt eam a dubiis ſuis hinc inde moueri ſolitis liberemus. Deus autem ſummi boni fons et autor ſua nobis adſit gratia, vt omnia in ſui nominis gloriam ad felicem finem perducantur.

§. IV. Docet rubrica, nos acturos *de teſtamenta non prælecto*, vbi id quidem euidens eſt, 1) ſupponi teſtamentum in ſcriptis, quippe de quo prælectio prædicari debet. Quid ſit teſtamentum in ſcriptis, hic late explicare contra rationem inſtituti foret, cum id ſatis abunde ex ipſis legibus cognoſcatur. *L. hoc conſultiſſima 21. pr. C. de teſtam.* 2) Quod ad ipſam *prælectionem* attinet, notum eſt, quod hæc vox varias in iure ipſo admittat ſignificationes. Primo idem denotat ac *editio* legum vel libri. Inde dicitur *codex repetitæ prælectionis*, h. e. ſecundæ editionis; nam veteres ſecundas editiones repetitas prælectiones vocabant, teſte ipſo *Imp. de emend. cod. §. 3.* Deinde aliam induit acceptationem, quæ quidem hodie in academiis et notior et frequentior eſt. Videlicet prælectiones, ceu GOTH. *ad c. text. lit. a.* loquitur, ſunt lectiones, quibus præceptores aut profeſſo-

fessores viua voce vel scripto discipulis aut auditoribus vias discendi præmonstrant. Inde et prælectionum publicarum sæpe in academiis fit mentio, et idem nomen, non ratio etiam ipsis libris præfigi solet. vid. CASP. ZIEGLER. *publ. prælectiones in ius Can.* VLRICI HVBERI *prælectiones iuris ciu. ad instit. et pandect.* etc. sed huiuscemodi acceptiones plane hic alienæ sunt: propria aut est illa genuina, quæ vim vocis accurate exprimit, qua scilicet idem denotat, ac scripturæ alicuius verba palam legere, vt *alteri* innotescat, quid in illa scriptura contineatur. Finis prælectionis est, vt alteri ignoranti (vel quod legere non possit, vel quod non velit) constet de contentis scripturæ. Et eatenus etiam prælectionem hic accipimus, quatenus ad hunc finem obtinendum tendit, vt sensus rubricæ sit, *de testamento non prælecto* h. e. quod quidem iussu testatoris ab alio conscriptum est, sed quod ipse testator legere non potest, nec scire, quid in illo scriptum sit. Potest vero hoc contingere maxime tribus casibus: vel quod testator sit *cæcus*, vel quod sit ἀναλφάβητος seu *peritia legendi destitutus*, vel denique quod saltim *illam linguam*, in qua testamentum conceptum, *haud intelligat*. His casibus prælectio, cæteris paribus, omnino necessaria erit, id quod iam sigillatim exponemus.

§. V. De cæco testatore clara est constitutio in famosa *L. hac consultissima 8. C. qui test. fac. poss.* (quæ repetita est in *ordin. not. de Ann. 1512. Rubr.* **von Testamenten §. aber zu eines Blinden Testament**) vbi Iustinus eis præscribit, vt per nuncupationem suæ condant moderamina voluntatis, et omnia palam edicant, quæ vltimarum capit dispositionum series lege concessa. Addit tamen, et simul eis licentiam concedit voluntatem suam, cui velint, scribendam, credere,

dere, ita tamen, vt chartulam ſuſceptam recitet tabularius teſtatori, ſimul et teſtibus, vt ibi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere, et ex animi ſui quæ lecta ſunt diſpoſuiſſe ſententia, ex quibus verbis prælectionis neceſſitas in aprico eſt. Ceterum illam etiam per octauum teſtem fieri poſſe et non præciſe per notarium fieri debere, in fine ſubiungit: ſufficit enim ſic ſatis finem, qui per prælectionem ſeu recitationem intenditur, obtineri poſſe, quem ipſum addit Imperator in *L. cit.* verb. fin. *ſic namque*, inquiens, *fieri confidimus*, *vt non recipiat ſe tantum in cæcis teſtandi licentia*: *ſed ne locum quidem vllum relinquat inſidiis tot oculis ſpectata*, *tot inſinuata ſenſibus*, *tot inſuper in tuto locata manibus*. Ex quibus verbis illud apparet, prælectionem non tantum fieri debere, vt *teſtes audiant* quæ notarius vel octauus teſtis prælegit, ſed ſimul debeant *inſpicere teſtamentum*, et animaduertere, quid et an recte prælegat notarius: vnde neceſſe eſt, **daß etliche von den Zeugen zugleich mit auf die Schrifft ſehen** conf. B. BRVNNEMANNVS *ad L. cit. n. 8.* vbi hanc prælectionem *ſubſtantiale* requiſitum vocat; eamque non tam ſcriptori quam teſti eſſe demandandam putat, vt omnis fraus euitetur. Quæ cum ita ſint, ſequitur teſtamentum omnino vitiari, in quo prælectio talis omiſſa eſt.

§. VI. Neque expeditiori remedio fraudibus ingruentibus occurri in hoc caſu potuit, cum omnem ſuſpicionem ſufficienter tollat. Siquidem id ipſum et *recta ratio* exigebat in teſtamentis cœcorum, qui alioquin a teſtandi facultate aut prorſus excludendi erant, aut vero eis eiusmodi remediis proſpiciendum, ne defectus viſus effectus voluntatis redderet inanes, planeque interuerteret. Alioquin enim

in scriptoris arbitrio foret positum, multa imo omnia contra intentionem testatoris testamento inserere, et si ipse id saltim ei priuatus prælegeret, posset aliud iuxta voluntatem eius conceptum in medium producere, aliud autem testibus obsignandum offerre, quales fraudes vtique facile metuendæ sunt, quo facilius quis ita decipi potest, et quo maius lucrum ex tali fraude ad eum peruenit.

§. VII. Solet controuerti inter Dd. an tale testamentum sit pro *nuncupatiuo* habendum nec ne? Illud quidem ex *cit. l. hac consultissima 8. C. qui test. fac. poss.* videtur asserendum, præsertim, cum ipse imp. verbis initialibus sanciat, vt carentes oculis per nuncupationem suæ voluntatis condant moderamina. Inde communiter concludunt, testamenta cœcorum esse nuncupatiua, licet participent de multis requisitis, ex quibus testamentis in scriptis similia esse videntur. BLASIVS MICHALORIVS *tr. de Cæco surd. et mut. c. 5. n. 3.* sed ipse MICHALOR. *c. l. c. 6. n. 6.* sibi ipsi contradicit, dum fatetur, scripturam in testamentis cœcorum esse de substantia, ita vt absque ista scriptura non valeant. Et quid multa? cœcis talis in *d. l.* præscribitur forma testandi, ex qua conspicuum est, formam illam esse *mixtam.* Omnia enim adsunt requisita testamenti *scripti*, notarius vel testis octauus nomine testatoris illud subscribit et subsignat. Idem faciunt reliqui septem testes. *Recitatio* vero seu *prælectio* coram testibus facienda indicat, hoc testamentum simul participare de natura testamenti nuncupatiui. Perinde enim esse arbitror siue testator antea voluntatem suam ipse oretenus coram testibus declaret: siue notarius conceptam in scriptis eius voluntatem ex scriptura, testibus scripturam simul inspicientibus, prælegat, et testator

ſtator factam prælectionem approbet. Conf. DAVTH. *de teſtam. p. 310. n. 403.*

§. VIII. Vnde ſatis mirari non poſſum, *nouellam* Leonis *69.* quæ hanc prudentiſſimam conſtitutionem corrigere intendit, conſtituendo, cœcorum teſtamenta valere debere, etiamſi ſecreto h. e. abſque prælectione confecta fuerint. Rationem correctionis adducit, quod ſcil. leges hac de re diverſa inter ſe ſtatuere videantur. Aliam enim, ait, legem, (nempe *l. 8. cit.*) arcanum teſtandi modum cœcis prohibere; aliam vero (ego quidem intelligo *l. 21. C. de teſtam.* quanquam Gothofr. *ad cit. Nou. Leon. lit. e.* putet, hic intelligi *nou. 119. c. 9.* quod tamen liquido repugnat verbis textus) latam quandam viam ad arcanum teſtandi modum illiteratis hominibus aperire, dum eis nullam aliam præſcribit obſeruationem, quam adhibere teſtem octauum, qui pro teſtatore ſubſcribat. Repugnantiam ſine dubio inde deduxit, quod in vtroque caſu adſit eadem ratio, et tamen diuerſa diſpoſitio. Sed vero repugnantia hæc cerebrina et inanis eſt. Videbimus infra, etiam in teſtamentis ἀναλφαβήτων neceſſario requiri prælectionem, legibus ipſis ſuffragantibus, ſicuti in teſtamentis cœcorum, licet quoad verba nihil de hac diſpoſitum inueniatur in legibus. Eſt ergo ratio huius Nouellæ plane contra regulas bonæ interpretationis, multo magis ipſa diſpoſitio contra naturam teſtamentorum. Quod enim addit, teſtimonium eius, qui teſtamentum conſcripſit, producendum, aliquando etiam iuratum, ſecuram non reddit vltimam voluntatem. Quid enim ſi ille ante teſtatorem moriatur? vbi tunc teſtimonium? Imo fides in ſolo Notario valde fluctuat, fatente ipſo LEONE in *nou. cit.*

§. IX. Ceterum quas hic Dd. passim mouent controversias, an scilicet etiam solennitates cœcis præscriptæ sint necessariæ in codicillis, it. testamentis priuilegiatis, vt inter parentes et liberos, tempore pestis conditis, ad pias caussas etc. quas plenius excutit BLAS. MICHALOR. *tr. cit. c. 7. g. 11. et 12.* it. B. BRVNN. *ad c. l. 8.* libenter intactas relinquo, id tamen, quantum ad prælectionem, adiungens, hanc etiam in illis omnibus dispositionibus esse necessariam, cum non ad solennia illa spectet, sed ad voluntatis certitudinem, quæ in omnibus aliis dispositionibus adesse omnino debet. Adducit hanc in rem VLRICVS HVBERVS *in præl. ad ff. tit. qui test. fac. poss. §. 5.* casum de cœco inter liberos testante, vbi tamen prælectio legitima totius testamenti coram testibus deerat, solo testatore affirmante, tabulas sibi fuisse prælectas. Quod testamentum non valere merito respondit, et ita quoque a senatu iudicatum esse testatur. Nuncupationem enim *l. 8.* requisiuit, quia cœcus scire non potest, an id quod sibi prælegitur, sit illud ipsum, quod in tabulis, quæ testibus exhibitæ sunt, continetur. Priuilegium paternum, eleganter addit, consistit in minore testium numero, non in cautione cœcitatis caussa adhibenda.

§. X. Maximum periculum et plane idem imminet testamentis τῶν ἀναλφαβήτων seu eorum qui nec scribere, vel quod sufficit, nec legere ab aliis scripta possunt, conf. *differt.* STRYK. *de iure* ἀναλφαβήτων *c. 1. n. 5.* Vnde legislatores huic rei prouidere non minus voluerunt per specialia requisita, per octauum testem *l. hac consultissima 21. C. de testam.* et per alia, imo fere per eadem ipsa, quæ cæcis sunt præscripta. Siquidem cordatiores ICti et Dd. in praxi celeberrimi inprimis hic quoque prælectionem diserte requirunt, eaque

eaque omiſſa, teſtamentum ſubſiſtere non poſſe ratione voluntatis teſtantur, quos infra allegabimus. Non deſunt tamen, qui hanc ſententiam non modo dubiam reddere, verum etiam requiſitum hoc prælectionis coram teſtibus in teſtamento imperitorum literarum faciendæ prorſus excludere ſatagunt, putantes, teſtamenta ἀναλφαϐήτων omnino infirmari omiſſa hac prælectione non poſſe. In quo requiſito cum haud exiguum pondus ſitum eſſe videatur, neque facile illud ſusque deque habendum, quod ratione ſtringenti nititur, nihil ἄτοπον committere videor, ſi hanc quæſtionem: num ὁ ἀναλφαϐήτος in teſtamentis condendis ſequi cœcum teneatur quoad prælectionem, plenius quodammodo excutiam, et rationes hinc inde afferri conſuetas ex principiis iuris examinem.

§. XI. Ex his qui negatiuam tuentur ſententiam, familiam ducit ICt. ſummus ERNEST. COTHMAN. *reſp. 23. vol. 4. n. 14.* id maxime agens, vt rationem condendorum teſtamentorum quoad cœcos in teſtamentis ἀναλφαβήτων penitus excludat, adeoque vt teſtibus prælegatur ab impartiali, ſeu qui omnis fraudis ſuſpicione caret, nec eſſe neceſſarium, nec omiſſo eo teſtamentum vitiari. Potiſſima eius ratio hæc eſt: 1) quod lege non diſponente, nec noſtrum ſit de hoc diſponere *l. ad probationem. C. de probat. Nouell. 18. c. 5. in pr.* ſeu vt alii dicunt: quod lex non cantat, nec nos cantare debemus. Iam autem litterarum imperitis ſeu qui ſcripta ab aliis legere nequeunt, in iure non eſt impoſita neceſſitas teſtamenta ſua condendi ea ratione, qua cœci, quin potius, aiunt diſſentientes ceteri, præter adhibitionem teſtis octaui *in l. 21. C. de teſtam.* vbi ſedes huius materiæ eſt, nihil noui requiritur. Idem quoque repeti dicunt *in R. I.*

 de

de An. 1512. de inform. notar. §. die Form eines Testaments in Schrifften, vbi simili ratione præter octauum testem nihil aliud desideratur.

§. XII. 2) Porro aiunt dissentientes alii, non verosimile videri, illud requisitum a legislatoribus prudentissimis fuisse omissum, si id necessarium existimassent, quin potius, sicuti cetera expresse sunt præscripta, et hoc quoque expressis verbis ab eis debuisse adiici: quod cum factum non sit, nos hic acquiescere debere, cum lex sit sequenda, etiamsi fuerit dura *l. prospexit 12. §. 1. ff. qui et a quib. manumiss.*

§. XIII. Adducunt 3) verba *d. l. 21. C. seqq.* quodsi literas testator ignoret, vel subscribere nequeat, octauo subscriptore pro eo adhibito *eadem* sanciri decernimus: vbi putant vocem *eadem* se referre ad præcedentia, nempe ad rationem testandi literarum peritis præscriptam adeoque per hoc verbum omnino excludi alia requisita, quæ in literarum peritorum testamentis non sunt necessaria.

§. XIV. Existimant 4) imperatores τῶν ἀναλφαβήτων testandi rationem non sine causa, sed optimo consilio inseruisse *d. l. 21.* vbi peritis literarum regula testamenta condendi principaliter præscripta est: id vero sufficiens argumentum præbere, expresse noluisse legislatores vt οἱ ἀναλφαβήτοι cœcorum testandi rationem sequerentur; si id enim voluissent, sane literarum imperitos cœcis *in l. hac consultissima 8. cit.* coniunxissent, id quod cum non factum, hos non testari vt cœcos, nisi imperatoribus confusum tractandi ordinem imputare velimus, quod neutiquam asserendum.

§. XV.

§. XV. Pergunt 5) cessare hic plane rationem *l. 8. cit.* quæ est, ne falsum pro vero supponatur testamentum, siquidem literarum imperitus, qui tamen visu gaudet necessario eiusmodi fraudibus non tam facile decipi possit, cum supponere falsum pro vero testamento in oculos incurrat, adeoque et ab imperito literarum euitari queat, secus ac in cœco.

§. XVI. Admittunt quidem 6), quodammodo hic periculum fraudis subesse, propterea tamen non necesse fuisse ducunt, vt ab imperatoribus hoc nouum requisitum prælectionis adiiceretur, ne testamenta, quæ secreta esse debent, secundum ea, quæ in limine huius disput. diximus, omnibus innotescerent: imo ne secreta patrimonii panderentur, id quod maius periculum propter insidias heredipetarum continet, inprimis cum quilibet præsumatur bonus, adeoque fraudis suspicio cesset.

§. XVII. Argumentantur, 7) aut *d. l. 21. et R. I. de An. 1512.* quæ sufficientem Notariorum informationem exhibere debet iuxta Rubricam, est sufficiens informatio, aut non est. Si asserimus posterius, id quod nostræ sententiæ imputant, sequitur hoc absurdum, dispositionem illam potius esse seductionem, quam informationem, id quod de legislatoribus prudentissimis sine crimine asseri nequit. Ergo prius asserendum. Si autem est sufficiens et perfecta informatio, non desiderat alia requisita præter ea, quæ ibi habentur.

§. XVIII. In medium proferunt 8) *auth. et non obseruato C. de testam. et Nouell. 119. c. 9.* quibus textibus correcta est *l. 29. C. de testam.* vbi imperitis literarum necessitas imposita erat, non aliter testamenta condendi, nisi præmissa nuncupatione nominis heredis. Cum autem hoc sit sub-

latum

latum per expreſſos textus, euidentem eſſe, inferunt, contrariam legislatorum voluntatem expreſſam. Conferunt hic conſentientem STEPHANI *ad Nouell. 66. c. 6.* qui rationes correctionis has reddit, (α) periculum hic nullum ſubeſſe, cum teſtator huiusmodi imperitus nullum alium ſcriptorem ſit adhibiturus, niſi cuius integritatem probe habeat perſpectam et cognitam. Nam nemo ignoto aut tali, cuius fidem ſuſpectam eſſe putat, ea quæ ſecreto habere cupit, eſt crediturus, vt adeo quodammodo impoſſibile videatur, vt a ſcriptore fraus admittatur, quin ſi qualicunque ſcriptore contentus aliquando eſſe debet, tamen non dubium, quin ex amicis pluribus vnum inuenturus ſit, quem teſtamenti ſcripturam ſecreto recitantem audiat. (β) Quod alioquin teſtamenti ſcripta non forent ſecreta, ſi teſtibus contenta teſtamenta aperirentur, ex quo teſtatori vel inuidia vel inſidiæ metuendæ eſſent, (γ) quia alioquin nihil relinqueretur diſcriminis inter ſcripta teſtamenta et nuncupatiua. CVIAC. *ad Nouell. cit. in f.*

§. XIX. Prouocant denique 9) ad rerum retro iudicatarum exempla, et praxin tam veterem quam hodiernam, contra quam Neotericorum quorundam opinio fruſtra veniat, deſtituta quippe lege. Si quidem in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudo aut rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum autoritas vim legis obtinere debet. *l. 38. ff. d. LL.*

§. XX. Hæc ſunt fundamenta ſententiæ negatiuæ, quæ tamen tanti roboris eſſe non videntur, vt tuto illis inhærere poſſimus. Si quidem omnino verior ſententia videtur, quæ diſerte requirit prælectionem teſtamenti, ita quidem vt vel

in

in præſentia omnium teſtium in ipſo teſtandi actu fiat prælectio, ita vt duo vel tres tabulas ſimul inſpiciant, et ita lecta audiant et videant: vel vt ante actum teſtandi coram Notario ſincero et duobus teſtibus ab eo in hunc finem requiſitis prælectio fiat eodem modo, vt ipſi teſtes et audiant et videant qui leguntur, vt deinde de contentis teſtamenti teſtimonium ferre poſſint.

§. XXI. Pro qua ſententia confirmanda prouocamus ad vtrumque ius, tam naturæ quam ciuile, ex vtraque neceſſitatem requiſiti noſtri hactenus in dubium vocati petentes. Et quidem ius naturæ de ipſis ordinandis teſtamentis nihil diſponit, ſed ordinatio et teſtamentorum vſus potius negatiue ſe habet ad ius nat. quippe quod non impedit, quo minus quis poſſit de rebus ſuis diſponere. Ex hypotheſi autem quod ſemel ordinationes teſtamentorum in certa republ. introductæ ſint, non obſtat, quo minus iura naturæ et vniuerſalia eius præcepta hic quoque applicemus. Hoc ſiquidem in dubium eſt, quod diſpoſitio hæc præſupponat dominium, et de eo diſponendi facultatem, adeoque finaliter tendat ad alienationem quandam poſt mortem teſtatoris in effectum ducendam. Quamquam enim ex ſententia PVFFENDORFFII *de I. N. et G. Lib. IV. c. 10. §. 2.* alienatio ſtricta ſic dicta de teſtamentis prædicari nequeat, ſi tamen intentionem teſtatoris et acquirentis acceptionem inſpicimus, imo ipſum effectum, alienationis terminus non adeo alienus ab hac materia erit. Quicquid ſit, agitur ſane in teſtamento de transferenda hereditate in alium poſt mortem teſtatoris, et teſtamentum ipſum de hoc teſtimonium perhibet, et ſuppeditat declarationem voluntatis noſtræ circa ſucceſſores in bona noſtra, vt de ſententia noſtra certò

conſtet. Cum enim voluntas intra mentem lateat et quaſi intus hâbitet, per ſigna idonea externa eſt declaranda, vt effectum ſuum habere poſſit. Quo magis vero hic quoad declarationem errari et fraudibus locus eſſe poteſt, eo maiori cautione opus eſſe natura et ratio dictitat. Neque enim ad nudas præſumtiones recurri debet, vbi certa et determinata requiritur voluntas; ſunt enim hæ incertæ ad perpetuam controuerſiam inter partes diſſentientes fouendam aptæ, vt proinde recte concludi poſſit: teſtamentum, cum voluntatis noſtræ certitudinem continere debeat, non conſtare poſſe, ſi certitudo ſufficiens et neceſſaria non adſit, maxime hic, vbi is, de cuius voluntate quæſtio eſt, non amplius illam declarare et explicare poteſt. Quocirca etiam in iure ciu. vbi pleniſſime materia de ordinandis teſtamentis eſt excuſſa, omnino ſegreganda ſunt ſolennia iuris ciuilis requiſita ab eſſentialibus et intrinſecis, quæ ex ipſa diſpoſitione iuris naturæ dependent, et quæ ſalua eſſentia teſtamentorum nunquam abeſſe poſſunt, quæque in omni teſtamento etiam maxime priuilegiato adeſſe debent. Quæcunque ergo in omni teſtamento etiam maxime priuilegiato concurrere debent, illa pertinent ad communem naturam et eſſentiam teſtamentorum. Iam inſpicienti naturam eorum facile occurrent ea, quæ de iure vniuerſali ad illa requiruntur. Videl. dictum eſt teſtamentum omne comprehendere vltimam voluntatem defuncti, et ipſum teſtamentum vice declarationis eſſe. Iam quæcunque neceſſaria ad declarationem voluntatis eiusque indubiam certitudinem ſunt, illa quoque ſunt neceſſaria ad omne teſtamentum. Declaratur autem illa variis modis, quorum quidam neceſſarii dici poſſunt, quidam arbitrarii ſeu voluntarii maioris cautionis et ſecuritatis gratia adinuenti et ſuperadditi a legislatoribus ciuilibus: ex his

his conſtituuntur ſolennitates teſtamentorum ciuiles, ex illis naturales ſeu requiſita communia.

§. XXII. Nam cum nulla res magis fraudibus expoſita ſit, nulla in re facilius dolus prædominari poſſit, quam in ordinandis teſtamentis, cum tamen reipublicæ interſit, de ſententia defunctorum certiſſimam et indubiam habere ſcientiam, legislatores Romani exiſtimarunt, ſe non alia ratione potuiſſe obuiam ire fraudibus, non alia ratione obſtruere viam ſuſpicionibus facile ingruentibus, niſi per cumulum requiſitorum ſolennium, per numerum teſtium conſueto ampliorem, quo tot oculis et auribus inſinuata voluntas omni careret ſuſpicione fraudis, per ſubſcriptiones per ſubſignationes aliaque permulta ſolennia. Vel vt breuibus declarem meam mentem: Facilitas decipiendi teſtatorem et ſimul experientia frequens, quæ huius facilitatis plurima argumenta ſuppeditat, legislatoribus anſam dedit, plurimis ſolennibus teſtamenta inuoluendi, inſimulque ea declarandi nulla, quæ hiſce deſtituuntur. Nam id ſolet eſſe officium legislatorum in condendis legibus, vt ad id, quod vt plurimum accidit, reſpiciant *l. nam ad ea 5. ff. de LL.* et vbi maius periculum imminet, maiorem adhibeant cautionem. Naturales ſeu neceſſarii modi ſunt illi ſimpliciſſimi, qui de iure naturæ ſufficiunt ad declarandam voluntatem, quales ſunt duo teſtes, voluntatem vltimam confirmantes vel ſcriptura de vltima voluntate teſtatoris indubium teſtimonium præbens etc. Adeoque quanquam milites teſtamenta facere poſſunt quomodo velint et poſſint *l. 1. pr. ff. de teſtam. milit.* et huius teſtamentum ſola dicatur perfici voluntate *l. 15. §. 1. l. 34. in f. et 35. et 40. pr. eod.* tamen id ita declaratur in *l. Diuus Traianus 24. ff. eod.* vt hæc voluntas

 per

per testes vtique confirmari debeat, si suspicio fraudis subsit, ne vera iudicia subuertantur. Inde cognoscis, simplicitatem iuris nat. in ordinandis testamentis consistere in certitudine vltimæ voluntatis.

§. XXIII. Si applicamus hoc ad propositam quæstionem, requisitum prælectionis ipsam certitudinem voluntatis respiciens facillimo negotio inde eruemus. Præsupponimus enim (1) ἀναλφάβητον scire non posse, quid alter, cuius fidem in testamento scribendo elegit, scripserit, adeoque (2) semper dubitare, num, qui concepit voluntatem testatoris, secundum eius voluntatem omnia fecerit, et non heredipetarum instar cum tertio colluserit, eique aliquid adscripserit. Neque enim (3) de fide eius, quæ in acquisitione bonorum et vbi de meo et tuo quæstio est, inter homines sat lubrica esse solet, certus ita esse potest, licet vel maxime familiariter eo vsus sit. Nam amicitia fere (quod dolendum) in mundo vtilis est, rara illa, quæ honestum pro scopo habet; leges autem id magis respiciunt, quod frequentius occurrere potest. Nihil ergo amplius superest, quam vt dicamus, etiam ius nat. velle, vt id quod ab alio scriptum est, coram testibus tertio testatori prælegatur, quo testes illi de hoc postea testari queant, si in dubium vocetur et ipse testator indubiam de scriptura, quam legere nequit, habeat scientiam. Sed dicis: quid hæc ad propositam quæstionem? testamenta enim ex dispositione iuris ciuilis in vita ciuili sunt determinanda et iudicanda. Probandum ergo, quod ius ciuile hoc quoque requisitum exigat, alioquin omnis tua argumentatio erit frustranea, cum ius nat. nihil determinet. Verum recurras quæso, amice, ad priora, vbi dixi, alia requisita esse petenda ex iure ciuili,

li, alia ex iure naturæ. Ad hæc prælectionem in hoc caſu refero, cum præceptum commune ſit: voluntatem tuam in vita ciuili ita declaro, vt certa de ea haberi poſſit ſcientia, nullique controuerſiæ locus ſuperſit. Hinc ſi vel maxime in iure ciuili nihil de hoc requiſito diſponeretur (cuius contrarium tamen paulo poſt oſtendemus) ſupplenda tamen foret diſpoſitio ciuilis ex naturali iure, vel ex ipſa rei natura, vel ſaltim inde interpretanda et declaranda; cum et ipſi Dd. iuris ciuilis conuicti argumento *l. ſcire oportet 13. §. ſi enim quis 7. ff. de excuſat.* fateantur, naturalem rationem allegare pro lege ſufficere. conf. GOTHOFR. *in not. ad c. lit. K.* SVRD. *de Aliment. t. 1. q. 45. n. 58.* Illuſtrabuntur hæc omnia in poſtea dicendis, hinc ad argumenta ex iure ciuili petenda progredimur, veritatem quæſtionis inde liquido demonſtraturi.

§. XXIV. Quo vero hanc ſententiam ex limpidiſſimis iurium ciuilium fontibus deducamus, et principiis certiſſimis et neceſſariis circumuallemus, fundamenti loco axioma hoc ponimus: Duplici ratione aliquid in legibus continetur vel *κατὰ τὸ ῥητὸν*, per *verba expreſſa* ſenſum legislatoris indubie declarantia, vel per *interpretationem legitimam*. Hoc qui principium in dubium vocare audeat, arbitror fore neminem, ni conuellere iurisprudentiæ fundamenta totamque demonſtrandi et concludendi rationem interuertere velit. Si quidem vbi ſemper per verba expreſſa legum foret argumentandum, nec interpretationes legitimæ admitterentur, anguſtiſſimis in applicatione includeremur cancellis, et ſimul iurisprudentiæ partem nobiliſſimam, quæ in interpretando conſiſtit, ſusque deque haberemus. Inde ANGEL. *in conſil. 317. in quæſt. vertente inter illos principes in 3. col.*

ex Arist. apposite loquitur: *quando rationem habemus, non debemus quaerere legem vel textum, quia quaerere legem vel textum, vbi habemus rationem, non est nisi infirmitas intellectus et mentis.* Inde frequentia sunt argumenta legum, quae a doctoribus in deducendis iuribus eodem modo adhibentur, quo expressa legum verba, dummodo argumentum ipsum sit necessarium, stringens et indubium. conf. EVERH. A MIDDELBACH. *tr. de locis argum. legalibus.* Hoc etenim certissimi iuris est, leges ita scribi non posse, vt omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. *l. 10. ff. de LL.* nec omnes articulos sigillatim legibus comprehendi posse, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debet, *l. 12. ff. eod.* Nam quotiens lege vnum vel alterum definitum est, caetera, quae tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione facile supplentur *l. 13. ff. eod.*

§. XXV. Nec abhorruerunt ab hac ratione argumentandi veteres ICti, siquidem in horum monumentis saepissime vel verba legum expressa vel iustam interpretationem adduxerunt. Liquido hoc patet *ex §. 10. I. de L. Aquil.* vbi imp. ita: *illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit.* Et in *§. vn. I. de legit. patron. tut.* dicitur notanter, *quae tutela et ipsa legitima vocatur, non quia nominatim in ea lege* (XII. Tabb.) *de hac tutela caueatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset.* Imo et ICti aliquando non tam verba legum, quam mentem eius sequuntur, vt est textus *in l. 13. §. 2. ff. de excus.* vbi ICtus ait: *Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult.* Non enim

nim quid dixerit, ſed quid intellexerit legislator aduertendum eſt. *l. 19. ff. de condit. et demonſtr.* CARPZ. *3. 3. 16. n. 12.* Add. FINCKELTH. *controu. feudal. in præfat. ad lectorem*, vbi ait: *quæ eſt totius iurisprudentiæ autoritas, niſi ea confirmetur vel certo iuris textu, vel ſolida iuris ratione?* et paulo poſt: *Veriſſimum eſt quod D. ſine legibus, adde et ſine ratione iuris, ſit tanquam comes ſine comitatu, fides absque operibus* etc. Huc denique refer, quæ STRVV. *ſynt. iur. feud. c. 1. aph. 14.* differit. Non ſtatim, ait, expreſſis verbis deficientibus dicendum eſt, caſum ex iure feudali non poſſe decidi, ſed tunc demum, quando nullo legitimo interpretandi modo ius feudale ad caſum obuenientem applicari poteſt. conf. *l. 1. §. 2. quod. falſ. tut. geſt. eſſe dic.*

§. XXVI. Quo poſito et confirmato axiomate, perinde eſſe arbitramur, an per verba legis expreſſa ſententia quædam probetur, an vero per interpretationem ſenſus legislatoris legitime declaretur, et ita ſententia firmetur; imo cum omnis anima legis conſiſtat in *ratione legis*, de expreſſis verbis anxie eſſe ſollicitum, vbi de ratione conſtat, hominis minus accurati eſſe videtur. Iudicat de hac re egregie EVERH. *in loc. lege ceſſ. n. 3.* dicens: *Lex non conſiſtit in verbis, ſed in ſenſu, non in ſuperficie, ſed in medulla, non in ſermonum foliis, ſed in radice rationis.* Idem quoque in *loco rat. leg. larg.* ait, quod ratio legis ſit anima legis, et ex ea mens legislatoris colligatur. Imo lex eſt ipſa, et ideo dicitur ius ſupplere *l. 13. §. 2. d. excuſ.* WESEMB. *conſil. 2. n. 2.* conf. GOTHOFR. in not. ad *l. cum pater filios 77. §. dulciſſimis 20. ff. de legat. 2. lit. d.* vbi eleg. ait: *Ratio legem ampliat et declarat, tanquam mens et anima diſpoſitionis, verbis perfertur vt anima corpori: caſus expreſſos continet;*

net ; vt ne omiſſi intelligantur, continet, inquam, vt genus ſpecies continet.

§. XXVII. His ita ſuppoſitis neminem amplius fore arbitramur, qui, licet verba legis expreſſa hic deficere videantur, non tamen recurrere nobiſcum velit ad ſenſum et rationem legis, et ita quaeſtionem propoſitam per legitimam interpretationem decidere. Vt ex antecedentibus liquet, legislatorum cura circa ordinationem teſtamentorum in eo maxime fuit occupata, vt variis mediis praeſcriptis omnem amputarent occaſionem heredipetis, fraudibusque teſtatorem circumueniendi. Hunc in finem in coecorum teſtamentis aliquid ſingulare in antecedentibus animaduertimus, ſcil. praelectionis neceſſitatem, adducta ratione ex ipſo textu, quae ſatis neceſſitatem illam firmat. Et haec quidem, quae hactenus de praelectione facienda dicta, κατὰ τὸ ῥητὸν ſpectant ad teſtamenta coecorum; eadem vero de teſtamentis τῶν ἀναλφαβήτων dici iure non contradicente, ſed approbante et confirmante debere, conuincunt RATIONIS GENERALITAS, IDENTITAS et CAVSAE FINALIS NECESSITAS, quae vtrobique dominantur. *Generalitas rationis* in eo cernitur, dum ea, quam §. V. attulimus, tam generalis eſt, vt ad caſum teſtamenti a coeco conditi reſtringi nullo iure posſit. Sicuti iam latior ratio legis octauae eſt ipſa diſpoſitione, et attingit etiam teſtamentum τοῦ ἀναλφαβήτου, ita etiam disſpoſitio, quae de coecis tantum loquitur, extendi debet ad ἀναλφαβήτους. Si enim recte inſpiciatur, vtrumque caſum continet ſinu ſuo, in vtroque caſu inſidiis non relinquit locum, dum tot oculis teſtium ſpectata, totque inſinuata auribus ſit. Quando autem lex loquitur in caſu ſpeciali, et ratio illius legis eſt generalis, tunc debet extendi ad alios caſus *l. 9. §. 5. ff. de I. et F. ignor. ibique* BARTOL. *et* GOTHOFR.

THOFR. *lit. l.* Et huiusmodi argumentum a ratione legis generali et larga ſumtum eſt fortiſſimum frequentiſſimum et vtiliſſimum, EVERH. *in loc. a rat. leg. larg. n. 1.* et procedit etiamſi cauſa impulſiua ſit ſtricta, dummodo finalis fuerit larga. *Id. n. 3.*

§. XXVIII. *Identitas rationis*, indeque ductum argumentum hic potiſſimum prædominatur. Si quidem inter caſum hunc et *legis 8. C. qui teſt. fac. poſſ.* pleniſſima eſt ſimilitudo et paritas rationis, cum eadem facilitate absque prælectione ἀναλφάβητος decipi queat, qua cœcus. Nam reſpectu ſcripturæ eſt in effectu *cœcus*, et ſcriptor eum ſimili modo circumuenire poteſt vt cœcum; vt parum abſit, quin iuxta *l. 29. C. de teſtam.* aſſeramus talem fere *mortuo* eſſe ſimilem, id quod quidem alii explicant de morbi grauitate, ſed ſi recte omnia inſpiciantur, et regula: antecedentia declarant conſequentia; applicetur, in procliui erit contrarium aſſerere. Sicuti enim in antecedentibus diſtinxerat morbi acerbitatem et imperitiam literarum, ita fruſtra verba ſequentia: *qui neque ſcribere, neque articulate loqui poteſt*, quæ tamen ſe referre debent ad antecedentia, coniunguntur, quin potius, *non poſſe articulate loqui* ad acerbitatem morbi, et *non poſſe ſcribere* ad literarum imperitiam ſpectat. Imo in tantum in his duobus caſibus identitas rationis dominatur, vt extorquere diuerſitatem rationis non modo difficile, ſed plane impoſſibile ſit. Vt adeoque diſſentientes inuitis plane dentibus tandem concedere cogantur, non tantum a generalitate rationis *legis 8.* extenſionem fieri debere *ad l. 21. C. de teſtam.* ſed cum omnino accedat rationis identitas, hoc requiſitum prælectionis quoad ἀναλφάβητον habendum fere eſſe pro expreſſo. Nam de *ſimilibus* ad ſimilia regulariter in iure fit extenſio ANDR. ALCIAT.

l. 2. de V. S. n. 32. conf. *l. 34. §. 7. ff. de contrab. emt. verb. idemque porrigendum ad similia.* Imo quando et eadem ratio et penitus omnimoda similitudo subest, tunc non proprie dicitur extensio, sed potius inclusio propter identitatem rationis *Euerb. in loc. rat. leg. larg. n. 55. et Alciat. ad l. 6. ff. de V. S. n. 1. verb. ex legibus.* Nam, ait TERTVLL. *in l. 27. ff. de LL. quasi hoc de legibus credi oportet, vt ad eas quoque personas et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt.* Quos proinde casus nectit paritas æquitatis et identitas rationis, non sunt quoad iuris dispositionem separandi EVERH. *in loco simil. n. 1.* et cum in casu *l. 8. C. qui testam. fac. poss.* sententia manifesta sit, is qui iurisdictioni præest, ad similia et sic etiam ad casum *l. 21. C. de testam.* procedere debet sec. *L. 12. ff. de LL.*

§. XXIX. Sed dicis: frustranea, hæc omnia videntur cum planissima diuersitatis ratio in promtu sit. Quis nescit, distare cœcum ab imperito literarum, qui tamen visu gaudet, vt solem a tenebris? Et haec diuersitas quidem tanta est, vt eam nec negare possit, qui vel communi tantum gaudet sensu. Ego vero ad hoc ipsum nihil aliud regero, quam quod concedam totum argumentum. Siquidem hæc quæ afferuntur, sunt ἀπροσδιόνυσα et ἀλλότρια, eamque diuersitatem non arguunt, quam hic requirimus. Sicuti enim in hoc nostro argumento similitudo a *paritate rationis* desumitur, ita etiam diuersitas a *disparitate rationis* desumi debuisset. Non enim sunt confundenda *similia* cum his, quæ dicuntur *eadem*, quorum tamen diuersa datur definitio. Nullum simile est idem, EVERH. *in loc. a simil. 4. et 5.* sed potius rerum differentium eadem comparatio. *Id. n. 5.* Imo non sufficit allegare aliquam dissimilitudinem *in genere*, sed debet

debet esse dissimilitudo in eo, ad quod fit comparatio *Id. n. 6.* Notum quoque est, quod non adeo infrequenter aliis quoque in negotiis cæcus et imperitus coniungantur, sicut factum *in l. alioqui 11. pr. ff. de contr. E. V.* vbi editio Florentina sine dubio corrupta est. Videlicet lege: *si cæcus emtor fuerit, vel si in materia erretur a minus perito discernendarum materiarum*, vbi ita coniunctim Vlp. de iis decisionem format. Hinc et Gothofr. *in not. ad c. lit. b.* ex hoc text. ita infert: *vere non potest videre cæcus, præsumtiue vero non videt minus peritus discernendi*, vt paria hic sint *cæcus* et *minus peritus discernendi*, quia vterque æque facile errare et æque facile falli potest.

§. XXX. Imo vero, pergis, hæc extensio fundamento caret, nam quæ hactenus in medium allata sunt, tum demum locum habent, vbi casus in iure non sunt expressi, et hoc modo intelligendæ sunt leges citatæ *12. 13. de LL.* Iam autem habemus clara verba, clarum textum *in l. 21. C. de testam.* vbi hic casus, quomodo ἀναλφάβητος testari debeat, perspicue deciditur. Ego vero illa clara verba, illum clarum textum non video; in illa lege disponi de testamentis imperitorum litterarum, hoc requisitum autem excludi non video, nec deprehendo quæstionem quam hic tractamus, ibi expressis verbis esse decisam. Cur ergo non fieret extensio? cur non diceretur, hoc requisitum comprehendi sub dispositione *l. 8. cit.* Constat testamenti factio pluribus articulis, et quorundam eorum expressio in iure non statim excludit reliqua, sed potius legitima interpretatio facit, vt non expressi suppleantur. Vnde et *l. 12. ff. de LL.* notanter ait: *non omnes articuli sigillatim legibus comprehendi possunt*, quod nullo iure obstante etiam ita intelligi potest, quod non omnia re-

quisita sigillatim legibus comprehendi et verbis exprimi possint, præsertim vbi ex ipsa rei natura, vt in nostro casu, dependent, vbi ne quidem necessaria erit expressio. Et subinde casus in iure expressi ita debent esse comparati, vt præcise diuersimode de illis fuerit dispositum; et ratio istius tum est, quod casus prouisus et expressus faciat silere et cessare tacitum EVERH. *in loc. a simil. n. 11.* vbi hanc limitationem dissentientium declarat. Iam autem in nostra quæstione nihil diuersimode in iure inuenitur dispositum, sed potius casus hic in *l. 12.* est omissus quoad verba. Imo cum GOTHOFREDO ad *cit. l. lit.* z. dubitare quis posset, an etiam lex *cit. 12.* loqueretur de illis, qui legere nequeunt. Loqui enim lex tantum videtur de his, qui literas ignorant, vel subscribere nequeunt, vt scil. loco eorum octauus testis subscribat. Quid ergo obstat, quo minus dicamus, legem hanc pertinere ad imperitos scribendi, vel qui alio modo subscribere nequeunt, qui tamen periti legendi sunt. His autem prælectionem non iniungunt leges, cum hi ipsi dictis fraudibus non sint obnoxii, sed ipsimet testamentum ab alio scriptum relegere possint. Conf. STRYK. *disp. de iure analphab. cap. 4. n. 20.*

§. XXXI. Neque infrequens in iure est, certo casu aliquod requisitum exprimi, in simili casu autem plane omitti, vt tamen per *interpretationem legitimam* eo reduci omnino debeat. Docet id ipsum *§. 15. I. de L. Aquil.* ad cuius imitationem hic eodem modo dicere possumus: Requisitum hoc *prælectionis* quidem in *l. 21. C. de testam.* non adiicitur, sed tamen perinde habendum, ac si etiam hac lege illud adiectum fuisset. Nam legislatores contenti fuerunt, quod *in l. 8, C. qui test. fac. poss.* illius iam fuerit facta mentio. In his

his ergo casibus plura non possunt addi requisita, vbi legislator ea diserte *determinauit et ad certum numerum restrinxit*, non vbi nihil horum factum est. Siquidem per nudam enumerationem vnius alteriusque requisiti in lege quadam non statim exhauritur tota substantia ipsius actus, sed ex pluribus et diuersis locis sæpe ea colligi, et per interpretationem nonnunquam ex natura ipsius negotii suppleri debet. Ergo non est verisimile, voluisse imperatores in *d. l. 21.* (posito sed non concesso, quod etiam intelligi possit de analphabeto quoad picturam literarum) per adductionem vnius requisiti excludere alia, et inprimis ea, quæ *in ipsa rei natura* fundantur. Iam autem quod alienum est a verosimili, est quædam falsitatis imago, nec facile credendum illud, quod facile fieri non potest. EVERH. *in loc. a verif. n. 11. et 12.*

§. XXXII. In aliis quoque, vbi eadem ratione imperitus literarum facile decipi ac falli potest quoad scripturam, videmus legislatores de eo sollicitos fuisse, ne ob imperitiam deciperentur. Hinc in *Nouell. 78. c. 8. et seqq.* et inde desumta *auth. sed nouo iure. C. si cert. pet.* præscripta sunt certa requisita eis, qui in scriptis contrahere cum imperitis literarum volunt, vbi requiruntur inter alia quinque testes fide digni, vt eo minus scripturæ aliquid inseri contra eius voluntatem possit, quin potius hi de eo, quod actum, testimonium perhibeant. Neque enim dubium est, quin prælectio contrahentibus et testibus fieri debeat, cum clarus hac de re textus sit *in R. I. de Anno 1512.* Von Unterricht der Notarien [illegible] Und am meisten. Verba huc pertinentia sunt seqq. Und am meisten und insonderheit ist solches zu halten in den Contracten und Handeln, darin zu ihrer substantz Schrifft gehöret. Ja alsdenn fodert die Nothdurfft,

daß alle und jede Puncten den Partheyen und Zeugen von Wort zu Wort vorgelesen werden. Quod iam hic in genere de quibuscunque contractibus dicitur, id multo magis in imperitorum contractibus obseruandum. Sed de *contractibus non praelectis* forsan peculiari dissertatione V. D. commodior agendi ratio erit.

§. XXXIII. Tandem *necessitas causae finalis* hoc requisitum praelectionis desiderat, ita vt alia ratione testamentum imperitorum sustineri nequeat. Sicuti vero necessitas in moralibus ius facit, ita itidem hic necessitas requirens praelectionem non tantum ius facit, sed etiam praelectione omissa suspectam ac dubiam reddit voluntatem. Id quod cum legislatores remouere summo studio voluerunt, certa quoque media adhiberi voluerunt, absque quibus fraudes remoueri non poterant. Argumentor: *Si imperatores serio voluerunt, vt in ordinandis testamentis et praesertim eorum, qui magis fraudibus expositi sunt*, (quales sunt caeci et imperiti literarum) *omnis ratio fraudes fouens e medio tolleretur, contra vero vltima voluntas testatoris sincera et illibata conseruaretur, certe idem etiam maxime voluerunt, vt talia media adhiberentur, sine quibus ille finis obtineri non posset.* Concesso enim et posito fine, concessa etiam et posita videntur omnia, per quae ad illam finem deuenitur. EVERH. *in l. a concess. conseq. n. 1.* Iam autem sine medio praelectionis legitimo modo factae in praesentia testium in casu, vbi ἀναλφάβητος, seu qui legendi scripturam peritia destituitur, testatur, non potest finis et intentio legislatorum obtineri, ceu iam in antecedentibus fusius declaratum. Conf. *colleg. Argent. lib. 28. tit. 1. n. 19.* vbi ait: *nihil facilius est, quam scriptorem testamento aliquid adiicere, quod sit praeter voluntatem*

tatem testatoris et id ipsum tamen in prælegendo præterire, qua ratione vera iudicia facile subuertuntur. Omnis autem ratio subuertendi vera iudicia est vitanda et damnanda.

§. XXXIV. Nihil iam superest, quam vt hanc ponamus sententiam. Vbi deficit requisitum prælectionis legitimo modo coram testibus factæ in testamento literarum imperiti, ibi non est certa et indubia testatio mentis. Vbi autem non est certa et indubia testatio mentis, ibi nec testamentum. Testamentum enim dicitur quasi *testatio mentis* i. e. voluntatis. *pr. I. de ordin. testam.* vbi HARPR. *ad illum §.* notat, *mentis* vocabulum *emphasis causa* ad maiorem rei expressionem et declarationem esse adiectam, ac si imperator dixisset: *Testamentum esse maiorem mentis et voluntatis nostræ significationem, quam vllam aliam testationem.* Instas: argumentum hoc videtur inane esse, quippe ab *Etymologia* desumtum. Respondeo, licet eiusmodi argumentum *affirmatiue* non valeat, valet tamen, vbi *negatiue* conceptum, et Etymologia ab *essentiali natura vocabuli*, vt hic sumta est, prout hoc eodem exemplo eleganter declarat EVERH. *in loc. ab Etymol. n. 9.*

§. XXXV. Et in hanc sententiam mecum descendunt plurimi cordatiorum et praxin obseruantium ICtorum, et inprimis *coll. Arg. lib. 28. tit. 1. n. 19.* vbi diserte cœcum et ἀναλφαβήτων coniungit, B. BRVNN. *ad l. 8. C. qui testam. facere poss.* STRYK. *dissert. de iure* ἀναλφαβήτων *c. 4. n. 24.* vbi simul Cothmanno respondet. CARPZ. *decis. integra 149.* vbi videtur corrigere, quod in *lib. 6. resp. 9. n. 16.* posuerat, ENGELBRECHT *compend. iur. disp. 17. §. 4. in f.* vbi et hanc rationem ponit, quod alioquin soli scriptori vt vnico testi crederetur, id quod tamen recta ratio et iuris non admittit,

mittit, DION. GOTHOFR. *in not. ad l. 21. C. de testam. lit. Z.* MANZIVS *de testam. val. et inual. tit. 5. qu. 8.* BESOLD. *consil. 230. n. 3. seqq.* Subiiciamus denique responsum inclytorum ICtorum, qui testamentum eiusmodi legitima prælectione destitutum nullum declararunt, verba eius sunt sequentia: Daß nöthig sey, wenn der *Testator* nicht schreiben und lesen kan, daß ein *testamentum in scriptis* dem *Testatori* vorgelesen werde, kan nicht allein *ex exemplo testatoris cæci, cuius in puncto præsenti eadem ratio;* auch nicht allein aus der *Inform. Notar. Maximil. I. de A. 1512. tit.* von Testamenten *§. 5.* sondern wird auch erwiesen *ab absurdo*, denn es ja ein ungereimet Ding ist, daß *fides scripti testamenti* nur von einer Person nehmlich *Notario dependi*ren solle. *Nam sic in potestate vnius hominis situm esset, modum et formam testandi multis vigiliis ad præcauendam fraudem excogitatam pro lubitu euertere et sic contenta testamenti in vnius hominis arbitrio consisterent. Besold. cons. 230. n. 5. seqq. Carpz. dec. 149.* der zwar *de testamento iudiciali* redet, aber es ist *eadem ratio testamenti scripti priuati. Conf. Cothm. vol. 4. cons. 33. n. 24.* derhalben auch in Würtenberg. Land-Recht wohl versehen, daß *in testamento eius, qui nec scribere nec scripta legere potest*, drey Persohnen *adhibi*ret werden: nemlich *scriptor, subscriptor et prælector, teste* BESOLD. *d. l. cum etiam consuetudine fieri nequeat, vt vni personæ etiam notario plene credatur Farin. qu. 63. n. 8.* etc. Vltimo hic notamus, quod etiam *ius Culm. lib. 1. tit. 8. c. 6.* necessitatem huius requisiti habeat.

§. XXXVI. Ad contrarias supra allatas rationes iam facilis erit responsio, et quidem quod ad primam in §. XI. attinet, ei iam satisfactum est in supra deductis, cui et STRYK.

supra

ſupra *c. l.* reſpondit, adeo vt hic ſaltim ſimpliciter negemus, hoc requiſitum in legibus non contineri. Non poſſumus tamen non obiter hac occaſione quædam annectere hic de abuſu Brocardicorum huiusmodi, quæ ſæpius ſine limatiori iudicio allegantur, et ad quæ prouocari tanquam ad palladium quoddam fortiſſimum ſolet. Vbi non vociferationes in foro quotidianæ? *Clara verba ſunt, Lege diſtinguente nec noſtrum eſt diſtinguere, quod non eſt mutatum, cur ſtare prohibeatur? quod lex non cantat, nec nos cantare debemus* etc. Crederes poetam audire, niſi durities Rabulam indicaret. Hæc, inquam, et ſimilia Brocardica propter peruerſam applicationem Rabuliſtica ſunt, non iuridica. Deſtruunt enim et remouent omnem interpretandi rationem, in qua magna pars iurisprudentiæ conſiſtit. Proficuum ſane foret, talia et ſimilia Brocardica colligere, et peculiari labore abuſum eorum oſtendere.

§. XXXVII. Ad ſecundum in *§. XII. a veroſimili* petitum argumentum reſpondemus, omne veroſimile et inde deductum argumentum fundari et niti *præſumtione.* Iam autem vbi duæ præſumtiones concurrunt, minor cedit maiori. Ponamus ergo, non concedentes tamen, eſſe præſumtionem, quod legislatores noluerint hoc requiſitum admittere eo ipſo, quod non expreſſerint, cum tamen in re tam magni præiudicii id exprimi neceſſarium fuiſſet; certe hæc præſumtio, ſi qua talis eſt, et infirmior et minor eſt præſumtione altera, qua præſumuntur legislatores noluiſſe excludere ea, quæ in *ipſa natura rei* ſunt fundata, ſeu noluiſſe permittere, vt imperiti literarum fraudibus in teſtamentis condendis exponerentur, et eorum teſtandi ratio difficilis, dubia, impedita et incerta redderetur. Hæc ſane maior præſumtio eſt et favorabilior, quippe vltimis voluntatibus maxime fauens.

Deinde non præcise necessarium fuit, ceu aliquoties iam dictum, illud exprimere denuo, cum iam illud sufficienter expressum fuerit in testamentis cœcorum et ipsa *rei natura* id postulet.

§. XXXVIII. Tertia *in* §. *XIII.* comprehensa dissentientium ratio speciosa quidem videtur, sed tamen inanis est. In voce *eadem*, quæ habetur in *l. 21. sæpe cit.* præsidium quærunt, putantes hac voce solum testandi rationem quoad peritos literarum includi, excludi autem alia requisita. Sed male a dissentientibus torquetur indoles vocis *idem.* Est enim hæc vox dictio *relatiua* et repetit saltim qualitates in præcedenti dispositione expressas: STRAVCH. *in lexic. part. iur. voc. idem.* non vero est *exclusiua*; vt scil. præterea non admittat alia, quorum in præcedentibus non fuit facta mentio. Iam omnino concedimus, in testamento imperitorum literarum eadem requiri, quæ in testamentis peritorum, ceu in *d. l.* asseritur; sed hæc non solum, sed etiam insuper requisitum prælectionis necessarium esse, supra euicimus. Imo ceu monitum, adhuc dubium est, an ille textus etiam illos, qui peritia legendi non gaudent, comprehendat.

§. XXXIX. Quartum argumentum in §. *XIV.* videtur quodammodo *ab ordine* petitum, cui tamen respondemus, quod vbi constat sufficienter de intentione legislatoris, tunc non attendamus ad ordinem, indeque frustra petatur coniectura voluntatis legislatoris. Quid quod nec adeo inepte coniunxit Imp. peritos et imperitos literarum, respiciendo ad id, quod a contrariis stent partibus. In prima enim parte agitur de peritis, ergo in altera recte agi potuit de imperitis, nec propterea imperatoribus vitium absurditatis imputandum. Neque vero inde colligi potest, quod Imperatores eo ipso voluerint, vt imperiti literarum non alium sectarentur

rentur modum testandi, quam qui peritis literarum est præscriptus. Probabilitas solum inde erui posset, si non dubium esset, an etiam pertineret illa lex ad eos, qui etiam legere nequeunt. Hæc tamen nulla est, vbi maior probabilitas et præsumtio contra eam pugnat EVERH. *in loc. a verosimil.*

§. XL. Quinta ratio *in §. XV.* plane nihil præsidii dissentientibus adfert. Primo enim falsum est, quod *adæquata* ratio *l. 8. C. qui testam. fac. poss.* sit hæc: *ne falsum pro vero supponatur testamentum.* Quin potius adæquata et vera ratio in verbis finalibus *l. 8.* continetur, quam supra §. *V.* dedimus. Et licet concederemus, quod tamen fieri non potest ob expressa legum verba, hanc, quam dissentientes afferunt, esse veram et adæquatam istius legis octauæ rationem, tamen inde nulla diuersitas argui posset. Licet enim factum suppositionis in oculos incurrat, ita tamen est comparatum, vt præsupponat peritiam legendi. Quomodo enim v. c. scire poterit ἀναλφάβητος, illud, quod in ipso actu testandi profertur, quodque ipsi priuatim prælectum quidem, sed absque testibus est, esse verum testamentum et non suppositititium? an non aliud supponi clam variis artibus potuit?

§. XLI. Sextum argumentum in *§. XVI.* ideo prælectionem non asserendam statuit, ne *secreta* testamenti diuulgarentur, imo ne secreta patrimonii panderentur, et deinde, quod fraus regulariter non præsumatur. Continentur hic duo capita, ad quæ distincte respondebimus, et quidem ad prius, quod regulariter verum sit, quod nemo cogatur, vt *secreta testamenti* et patrimonii pandat. At vero vbi *ratio necessitans et vrgens* adest, quæ contrarium præcipit, nec huic regulæ amplius inhærent legislatores. Sic in testamento cœcorum, cum ibi ratio necessitans adsit, omnino hæc non attendunt, sed præcise sub pœna nullitatis volunt, vt testibus te-

 stamen-

stamentum prælegatur, et sic secreta eius pandantur. Simili modo hic quoque illa ratio non amplius attendi debet, cum maior ratio præcipiat prælectionem. Neque etiam eo ipso quod prælectio testamenti vel coram testibus omnibus, vel coram notario nulla suspicione laborante et duobus testibus fieri debeat, statim panduntur secreta testamenti et patrimonii. Dantur media, quibus constringi possunt testes, ad non diuulganda ea, quæ audiuerunt; v. c. *iuramento*, vel *literis reuersalibus*, quibus pollicentur loco iuramenti an Eydes statt, et vbi conditio testium adest, bey Cauallicrs *parole*, quod nolint diuulgare ea, quæ ex prælectione nota eis sunt facta, ceu in testamento cœci alicuius obseruaui. Quin multo minor metus adest in eo casu, vbi saltim prælectio fit coram notario et testibus duobus, quod fieri posse concedimus. Et quid diceremus, si plane nuncupatiue testaretur? vbi sane ad omnium scientiam vltimæ voluntatis dispositio venit. Et quanquam sic ad futuram rei memoriam a notario in scripturam redigatur, cum tamen substantia testamenti eo ipso non mutetur, prælectio quoque non adeo necessaria esse videtur. Verum hic notariis legem præscribit *R. I. d. A. 1512.* von Testamenten §. weiter so ist auch. 47. verba sunt sequentia: weiter so ist auch einen jeden Testament, ob es gleich nuncupatiuum als ohn Schrifft gemacht wäre, nöthig, daß alle Handlungen, so zu solches Testamenti auffrichtung ergangen, und aufgeschrieben wären, vor dem Testirer und Zeugen, ehe den sie von einander scheiden, vorgelesen werden conf. PEREGR. *decis. 80. n. 7.* BESOLD. *p. 5. consil. 203. n. 13.* DAVTH. *d. testam. p. 300. n. 404.* Ad posterius membrum respondemus (1) cum BESOLD. *conf. 230. n. 9. licet quilibet præsumatur bonus, si tamen de tertii præiudicio agitur, tunc seposita integritatis coniectura ad legitimam acceditur*

pro-

probationem, quæ probatio vel ad ſolennitatis vel fidei quæſtionem ſpectat. Solennitatis probatio in teſtantium voluntate exprimenda conſideratur, fidei nuda probatio in aliis hominum actibus ſufficit, in quibus tamen vnico teſti, etiam in ſenatoria aut præſidiali dignitate conſtituto, non creditur. Vnde nec ſoli notario abſque teſtibus prælectionem a ſe factam esſe atteſtanti creditur, ceu patet ex reſponſo hanc in rem ſupra allato. Imo nec ipſi teſtatori ſerio aſſerenti vel in iudicio vel extra iudicium coram notario et teſtibus ſibi domi teſtamentum fuiſſe prælectum, iudex fidem adhibere poteſt; multa enim dicuntur, quæ vera non ſunt, adeoque ad minimum duo teſtes producendi ſunt, qui prælectionem iurato aſſeuerent. STRYK. *diſſ. de ἀναλφαβ. c. 4. n. vlt.* Nec enim in dubio præſumitur prælectio, ſed probanda eſt, et quidem non nuda notarii vel alterius prælectoris ſubſcriptione ac aſſertione, ſed congruo teſtium numero, ceu ait BESOLD. *conſil. 230. n. 9.* Nam ita debet eſſe comparata, vt omnis abſit ſuſpicio, cum teſtamenta ex ſolius teſtantis et non alterius arbitrio pendere debeant Id. *conſ. 302. n. 15.* Deinde hoc argumentum ſi eſſet vniuerſale, cur in teſtamentis cœcorum aliud eſſet diſpoſitum? cur in iure tam variæ cautelæ ſubminiſtrarentur? inutiles enim eſſent, niſi fraus frequentior timeri deberet, quam leges in cauſa tam praiudiciali iuſte ſuſpicantur.

§. XLII. Septimum argumentum huc redit, quod, ſi noſtræ aſſertioni eſſet inhærendum, nec *l. 21. C. de teſtam* nec ipſe *R. I. de an. 1512.* foret ſufficiens informatio notariorum, quin potius ſeductio, id quod abſurdum. Verum abſurdi naturam non intelligit, qui talia profert. Imo inuertamus argumentum, idemque abſurdum diſſentientibus retorqueamus hoc modo: Aut ſtatuendum prælectionem in

teſtamentis ἀναλφαβήτων omnino eſſe neceſſariam, aut vero dicendum *LL. alleg.* eſſe inſufficientes, anſamque fraudibus dare, et viam ad varia ſternere delicta. Poſterius aſſerere per abſurdum foret, cum hoc plane et rectæ rationi et menti intentionique legislatorum ſagaciſſimorum repugnaret. Ergo prius omnino aſſerendum. Conſequentiæ neceſſitas firmamentum ſuum petit ex hactenus declaratis rationibus. E contrario conſequentia argumenti a diſſentientibus allati ſane nulla eſt. Non enim ſequitur: (vt ſupra euicimus) hoc requiſitum expreſſis verbis in legibus non continetur; ergo omnino in illis non continetur. Proinde eſt et manet *R. I. de an. 1512.* plena informatio notariorum, licet nec ibi, nec in *cit. l. 29.* mentio expreſſa huius requiſiti fiat, quod ideo factum putamus, quia illa conſtitutio Maximil. eſt tantum nuda verſio germanica *l. famoſiſſima 21.* adeoque in illa nihil additum, quod expreſſis verbis non comprehenſum fuit in *cit. l. 21.* Neque adeo neceſſarium fuit, hoc requiſitum ibi exprimere, cum ſufficiebat, quod paulo poſt in illa ipſa conſtitutione forma cœcis præſcripta exhiberetur §. Aber zu einés Blinden ꝛc. cui ὁ ἀναλφάβητος quoque ſe conformare debet.

§. XLIII. In argumento octauo plura continentur, ad quæ reſpondendum eſt. Quod *a*) ad *l. 29. C. de teſtam.* attinet, quam putant correctam eſſe per *auth.* ſubiectam et *Novell. 119. c. 9.* mens legis inſpicienda erit, vt inde de mente diſſentientium rectius conſtet. Scil. hic eſt legis ſcopus, vt ſi quis propter imperitiam literarum *nomen heredis ſcribere* nequeat, tum teſtibus teſtamenti præſentibus nomen vel nomina heredis vel heredum a teſtatore nuncupentur, vt omnimodo ſciant teſtes, qui ſcripti ſint heredes, et ita certo heredis nomine ſucceſſio procedat. Hæc lex quam proxime

me aſſertioni noſtræ accedit, eam tamen putant eſſe correctam per ſubiectam *auth.* At vero *Nouella 119. c. 9.* quæ fons eſt *auth. et non obſeruato*, ἀκριβῶς inſpecta, euidenter apparet, ibi tantum corrigi *cit. L. 29.* quæ de *nomine heredis* vel manu propria *teſtatoris*, vel, ſi hic ſcribere nequit, *per teſtes* ſcribendo diſponit, eamque correctionem diſerte ad hoc argumentum reſtringi in verbis: *Aut teſtator aut manu propria aut per teſtes nomina heredum ſcribat in teſtamento.* Iam autem correctio non eſt dilatanda ſed reſtringenda, cum ſit odioſa per *c. Odia de R. I. in 6.* Itaque per hanc correctionem non hoc voluit legislator, quaſi prælectio coram teſtibus non amplius eſſet neceſſaria, ſed ſubtilem ſolennitatem ſuſtulit, ratione ſcripturæ ſeu expreſſionis nominis heredis. Ceterum a STEPHANO adductæ rationes ponderis exigui ſunt. Prima ex ſuperius deductis refelli poteſt. Licet enim teſtator contenta teſtamenti ſine teſtibus priuatim ſibi prælegi curauerit, tamen ſuſpicio fraudis non ceſſat. Colluſiones emergere ſolent variæ et exempla docent, quam rara fides ſit, vbi de lucro captando quæritur. Imo repugnat hæc ratio ipſis principiis iuris ciuilis, dum vult vt vnico teſti credatur, quod tamen abſonum eſt. Ergo falſum eſt, impoſſibile eſſe, vt fraus a ſcriptore admittatur. Denique ſi hæc ratio valida eſſet, non neceſſarium fuiſſet, aliam cœcis præſcribere formam teſtandi quam viſu gaudentibus, cum idem et de cœcis poſſit dici. Conf. CARPZOV. *d. deciſ. 149. n. 16.* vbi idem huic rationi reſpondet, et *n. 21.* DAVTHII anxium laborem, quo ex nudis præſumtionibus hoc caſu certitudinem aliquam effingere conatur, deridet. Secundæ rationi ſatisfecit §. 41. Ex tertia denique, quæ eſt *Cuiacii*, non infringitur hæc noſtra aſſertio, vti nec ex forma teſtandi cœcis præſcripta tollitur diſcrimen inter ſcriptum teſtamentum et nuncupatiuum.

Sicuti

Sicuti enim casus, quibus cœci vel imperiti literarum testamenta condunt, præ reliquis extraordinario iure vtuntur, quod in iis facilius suspicio fraudis timeri possit, ita etiam necessarium fuit, in iis adhibere *mixtum quoddam genus testandi.*

§. XLIV. Nonum argumentum petit id, quod est in principio: Est enim κρινόμενον, an praxis tam vetus quam hodierna contrarium habeat? Imo quod hodiernam concernit, omnino falsa est dissentientium opinio, testibus ICtis §. XXXV. excitatis, in praxi satis conspicuis eodemque iure nomen Coryphæorum legum prudentum merentibus, quo Cerbidius Scæuola et Iulius Paulus et Domitius Vlpianus in *l. scire oportet. 13. §. 2. ff. de excus. tut.* et iam dudum nomine suo immortales facti. Quid quod si de obseruantia fori certandum esset, non deforent hanc in rem adducenda præiudicia. Et licet hactenus contra prælectionem fuisset iudicatum, quod tamen neutiquam asseri potest, errore et contra rationem fuisse iudicatum dicendum est, ex quo obseruantia nulla est. *l. quod non ratione 39. ff. de LL. §. vlt. I. de satisd.* Adeoque et aliquoties animaduerti, in nostro casu, vbi ἀναλφάβητος testamentum condit, a peritis et cautis notariis hoc requisitum non negligi. Solent enim post testamentum nouam attestationem adiicere, qua testes, qui prælectioni adfuerunt, diligenterque tabulas inspexerunt, profitentur, se adfuisse prælectioni. v. c. Dieses Testament ist kurtz vor dessen Vollenziehung von uns dreyen hernachgesetzten Personen dem *Testatori N. N.* von Wort zu Wort deutlich vorgelesen, also daß wir alle drey zugleich auff die Schrifft gesehen, und wie er bekant, daß alles auf sein Geheiß geschrieben sey, so haben wir dieses kurtze documentum factæ prælectionis et approbationis hierunter gesetzet, wie es denn auch

auch so fort darauff von denen darzu erforderten 8. Zeugen gehörig vollenzogen werden.

Actum N. d. 29. Mart. 1697.

H. S. H. H. VB.

§. XLV. Satis ergo euictum esse hoc requisitum existimamus, et quidem in casu, vbi testamentum *extra iudicium* ab imperito literarum conditur. Cæterum de *iudiciali* grauior emergit quæstio; videl. *an testamentum ab imperito literarum conditum iudicialiter debeat aperiri, et vbi affertur iudici, in iudicio testatori prælegi?* CARPZ. *decis. 149.* hanc quæstionem ita resoluit, vt omnino prælectionem requirat, alioquin testamentum non subsistere declaret: quam tamen sententiam A. 1679. tractatu exiguo quodammodo impugnauit IEREMIAS ERSCHEL, aduocatus Weissenfeldensis. Proponit in illo tractatu, ceu titulus docet, drey rare *casus*, quorum primus est, ob einen Schreiben und Lesens unerfahrnen sein in Schrifften, verfaster letzter Wille bey *insinuation* von dem Gerichts-Personen wiederumb nothwendig eröffnet und demselben vorgelesen werden müsse? Et hanc sententiam negatiuam per argumenta plurima defendit, vbi insimul non videtur abhorrere ab illis, qui prælectionem etiam in testamento extraiudiciali reiiciunt, ceu eius rationes docent. In cuiusnam autem castra hic sit transeundum, iudicare difficile non erit. Videlicet cum etiam in iudiciali testamento, in quo prælectio omnis vel saltim legitima deficit, non excludatur suspicio fraudis, sed, licet vel maxime a scriptore absque sufficienti testium numero priuatim domi testatori id sit prælectum, nihilominus tamen ipsum testatorem ambiguum esse oporteat, an tertius, cuius ope in consignando testamento vsus est, bona fide e-

gerit,nec forſan alius ad prælegendum requiſitus cum ſcribente colluſerit, et ſic ambo teſtatorem fefellerint, hinc diverſitas nulla inter iudiciale et extraiudiciale ſtatui hic poteſt, quin potius in iudicio teſtamentum prælegendum teſtatori. Interim ſi legitime coram notario et teſtibus prælectio facta fuerit, antequam iudici inſinuatum ſit, cum tunc ceſſet ſuſpicio fraudis, prælectionem in iudicio repetendam non arbitror. Fine enim obtento ceſſant media.

§. XLVI. Ceterum citatus ERSCHEL plures ibi coaceruat rationes, quæ partim ipſam prælectionem in ſe, partim prælectionem iudicialem impugnant. Quæ prælectionem in genere impugnant, a nobis ſupra pleraque iam ſunt reiecta. Nimirum id maxime agit, vt oſtendat literarum imperito non eandem præſcriptam eſſe formam teſtandi, quæ eſt præſcripta cœco, hac inprimis ex ratione, quod cœcus ſemper *nuncupatiue* teſtari debeat per verba initialia *l. 8. C. qui teſt. fac. poſſ.* literarum autem imperitus etiam *in ſcriptis* vltimam ſuam ordinare poſſit voluntatem *l. 21. C. de teſtam.* Verum ſicuti falſum eſt, quod cœcus tantum teſtari nuncupatiue poſſit, cum vtique etiam ſcripturam adhibere debeat ſecund. *d. l. 8. C. qui teſt. facere poſſ.* et ſic eius teſtamentum ex nuncupatiuo et ſcripto mixtum eſſe videatur, ceu ſuperius iam demonſtratum *§. VII.* ita pari ratione falſum quoque eſt, quod literarum imperitus nude in ſcriptis abſque omni nuncupatione teſtari poſſit. Neque etiam inde, quod id teſtamentum ipſi ſit prælegendum præſertim vbi ante ipſum teſtandi actum coram notario et duobus teſtibus prælectio fit, redditur teſtamentum ſtatim nuncupatiuum, ſed ſaltim participat aliquid de eius natura, et cum a potiori fiat denominatio, vtique dici poſſet, imperi-

peritum literarum in ſcriptis teſtari, cum prælectio non coram omnibus fiat. Quod vero æquiparationem cæcorum et ἀναλφαβήτων concernit, quam non admittit, nec ex iure deduci poſſe putat, illa ſufficienter ex ſupra deductis deſumi poteſt, vbi ſimul COTHMANNO, quem tantopere pro ſe adducit, ſatisfactum, eoque ipſo multa euertuntur, quæ ibi coaceruat. Quæ de fauore vltimarum voluntatum adducit, quod publice expediat ſuprema hominum iudicia exitum ſortiri, *l. 5. ff. teſtam. quemad. aper. l. 12. de R. I.* et ne caſſa et irrita fiant teſtantium iudicia *l. 1. C. de SS. eccleſ. l. vlt. §. 5. C. commun. de leg.* etc. aliaque multa, quæ fauorem teſtamentis conciliare videntur, ibique plenius allegata ſunt, hæc omnia ſunt intelligenda de caſu, vbi voluntas ipſa non in dubium vocatur, ſed requiſita omnia, quæ voluntatem reſpiciunt, adſunt; contra vero ſi de requiſitis, quæ nudam ſpectant ſolennitatem et ſubtilitatem iuris ciuilis, quoddam ſuboritur dubium, tum ſane in fauorem teſtamenti illud potius confirmandum, quam infirmandum. Hinc non recte hæc ad præſentem applicantur caſum, vbi non de ſolennibus, ſed de certitudine voluntatis quæſtio eſt, vbi recte applicatur illud PAVLI in *l. Duo ſunt Titii 30. ff. de teſtam. tut.* Tibi non ius deficit, ſed probatio. Quæ ſuperſunt ex ſupra declaratis refelli poſſunt.

§. XLVII. Quæ autem prælectionem *iudicialem* impugnant, partim ita ſunt comparata, vt eam plane tollant, partim autem, vt eam per æquipollens adimpleri poſſe concedant. Prius negauimus ſupra, eo ſcil. caſu, vbi de prælectione, ſc. legitime facta non conſtat. Poſterius nempe æquipollens admittimus ſc. quod immediate ante actum teſtandi iudicialem teſtamentum coram notario et teſtibus duo-

 bus

bus prælegi poſſit, quia tunc ceſſat fraudis ſuſpicio, et finis, qui per prælectionem iudicialem obtineri deberet, iam plene adſit. Vnde et bene ſeſe habent, quæ in fine ex reſponſis ICtorum adducit, quæ maioris declarationis gratia annectamus. Sunt autem ſeqq. *Diuerſa eſt ratio inter teſtamenta in iudicio incepta et perſcripta et approbata, quæ ita initium et complementum a iudiciis accipiunt et de his largimur, ea prælegi debere, per rationem, quod conſtare debeat de voluntate, et inter ea, quæ extraiudicialiter incepta præſcripta, prælecta* (adde legitime) *et poſt iudici oblata fuerunt; quæ poſteriora perfecta eſſe poſſunt perfectione prima, licet præſente iudice tenor eorum non ſit repetitus. Et quanquam vtraque iudicialia ſint et æqualem vim habeant, id tamen differentiæ inter ea eſt, quod priora prælectionem deſiderent, poſteriora non æque, cum in poſterioribus ceſſet ratio, quæ erat in prioribus.* Hactenus reſponſum. Sed dicis porro, teſtamentum iudiciale apud acta conditum absque teſtibus valet, COTHMAN. *vol. 5. R. 8. n. 47. et R. 11. n. 579.* RICHT. *ad l. 19. C. de teſt. n. 20. et 21.* nec in eo ſolennitates iuris ciuilis requiruntur MYNSING. *cent. 6. obſ. 29. n. 5.* Reſpondeo, hoc eſt intelligendum de requiſitis nudam ſolennitatem reſpicientibus, immo ipſi iudices ſupplent defectum teſtium, quia hi publica pollent fide. Inde vero inferri nequit, prælectionem iudicialem non eſſe neceſſariam. Neque in iudiciali diuerſa ratio ſtatui poteſt, ſeu putat Dn. ERSCHEL, id quod iam euicimus.

§. XLVIII. Quam varie autem in caſu, in citato tractatu pronunciauerint ICti, ex ipſo *tract.* videri poteſt, cui annexæ ſunt ipſæ ſententiæ. Ad maiorem illuſtrationem eorum, quæ hactenus fuſius dicta ſunt, coronidis loco quandam

dam ex illis adiicianus, quam Dn. ERSCHEL, sub lit. G. G. et H. adiecit, ex qua sequentia excerpere placuit: demnach aber und dieweil aus dem anfangs ermelten Testament erhellet, daß die Testirerin weder schreiben noch lesen können, hingegen nirgends zu befinden, daß die von notario zu Papier gebrachte Verordnung eröffnet, von den Rahts-Persohnen oder in deren Gegenwart vor dem notario absonderlich vorgelesen, und sie darüber, ob solches ihr letzter Wille und Meinung, hernach vernommen worden, welches doch bewehrter Rechts-Lehrer Meinung nach bey dergleichen Persohnen, wan anders das Testament gültig und beständig seyn soll, als ein necessarium requisitum erfodert wird, indem man sonst, ob dieses des Testatoris endlicher Wille gewesen, nicht gewiß seyn, ja leichtlich allerhand Betrug mit unterlauffen kan rc. Sub lit. H. verba sententiæ huc quadrantia huc sequentia: Vor ein iudicial Testament mag es auch nicht geachtet werden, denn ob woll die Testatrix dasselbe denen Gerichts-Persohnen, so sie zu sich erbitten lassen, in einen versiegelten Papier übergeben mit vermelden, daß darin ihr letzter Wille sey, dieweil sie aber schreibens und lesens unerfahren, und nicht zu befinden, daß die Gerichte berührtes Testament eröffnet, der Testirerin vorgelesen, und sie darüber vernommen worden, dergleichen Testament vornehmer Rechts-Lehrer Meinung nach vor ungültig zu achten, dahero man das gesprochene Urtheil zu confirmiren nicht vorüber gekunt.

§. XLIX. Denique casus superest, vbi testamentum a tertio conficitur eo idiomate, cuius testator peritiam non habet, veluti, si Germanus in Gallia Gallico idiomate conscribi curet vltimam voluntatem. Hic potest effectiue dici cœcus, cum non possit legere vel intelligere, quæ in

eo testamento scripta sunt. Proinde ex iisdem fundamentis requiritur, vt id quidem coram testibus huius linguæ peritiam habentibus legatur, testatori vero exinde referantur contenta, vt cognoscere possit, an secundum eius voluntatem conceptum sit nec ne? Et ita etiam in Cancellaria Electorali Hannouerana in casu, quo Germani cuiusdam testamentum eo ipso impugnabatur, quod eo idiomate esset conscriptum cuius peritiam testator non habuisset, fuit iudicatum Anno 1691. Demnach sich befunden, daß der Verstorbene M. L. die Frantzösische Sprache nicht verstanden, so hat Kläger gestalten Sachen nach, daß Besagter M. L. 1) den Inhalt der in Frantzöscher Sprach errichteten disposition selber ausgesprochen, oder ihm deren Inhalt, nachdem sie aufgesetzet gewesen, treulich vorgehalten, und 2) er solche bekräfftiget, gehörig zu erweisen und darzuthun rc.

§. L. Quæ de prælectione in testamento necessaria hic deduxi, iam Tuæ B. L. lectioni et censuræ committo, æquum a Te sperans iudicium.

